

DA CAUSALIDADE. SUBJETIVA
NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

UNIVERSIDADE DO PARANÁ

REITORIA

Registrado em fls. 28... do livro próprio,
sob n. 549.....

Curitiba, 6 de julho de 1948...

.....
M. G. F. Gomes
Secretário Geral.

DO AUTOR:

O HOMICIDIO CONSENSIAL (dissertação de
concurso), 1930

ABERRATIO-ICTUS (Paraná Judiciário), 1931

CRIME PASSIONAL (idem), 1933

O ESTADO PERIGOSO (idem), 1933

O PRINCIPIO DA LEGALIDADE NA CON-
CEITUAÇÃO FORMAL DO DELITO (idem),
1941

ERRO DE DIREITO E ERRO DE FATO (1.º
Congresso Nacional do Ministerio Publico), 1942

DAS PENAS ACESSORIAS (Revista Forense),
1943

LAERTES M. MUNHOZ
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE FILOSOFIA
LIVRE DOCENTE DA FACULDADE DE DIREITO
DO PARANÁ

Da Causalidade Subjetiva no Código Penal Brasileiro

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À FA-
CULDADE DE DIREITO DO PARANÁ
PELO LIVRE DOCENTE DE DIREITO
PENAL, DR. LAERTES DE MACEDO
MUNHOZ, NO CONCURSO PARA PRO-
FESSOR CATEDRÁTICO DE DIREITO
PENAL.

1943

EMP. GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA.
RUA CONDE DE SARZEDAS, 38 SÃO PAULO

BIBLIOTECA CENTRAL
DA UNIVERSIDADE DO PARANÁ

Nº 308
EM 20-2-51

BC/MUFPR - MEMÓRIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANÁ
AUTOR
R\$ 10.00 - Doação
Termo No. 588/03 Registro: 352,718
02/12/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas

CENTRO DE BIBLIOGRAFIA
E DOCUMENTAÇÃO

00002

10 JAN 60

UNIVERSIDADE DO PARANÁ

À sagrada memoria de minha mãe

CAPÍTULO I

SUMARIO: Elemento subjetivo do crime. Co-existencia necessaria dos elementos material e moral. Relevancia do elemento psicológico como condição indispensavel à justiça da pena. Importância desse elemento quanto à existencia do crime, à sua gravidade e à medida da pena a aplicar. Pressupostos do crime. Elementos típicos subjetivos. Disposições do Código Penal Brasileiro.

1 — Impõe-se, como axiomático, o principio de que o crime não é um fato meramente material, apreciavel apenas do ponto de vista dos atos exteriores que o configuram. Em concomitância com a ação física, externa, ele reclama, para a sua integração, o concurso de uma força psíquica, interna.

Daí a regra, segundo a qual, toda infração penal pressupõe estes elementos essenciais: o elemento material ou objetivo e o elemento moral ou subjetivo. O primeiro refere-se ao fato considerado em si mesmo e o segundo à culpabilidade do agente. Sem o concurso desses elementos não há crime.

Mas, si de um lado é facil sustentar que a simples intenção, sem uma ação exterior correla-

tiva, escapa da orbita repressiva da lei penal, por outro lado, reveste-se de complexidade o exame da contribuição e extensão do elemento subjetivo em face de um fato criminoso materialmente manifestado. Por isso mesmo, a teoria da culpabilidade tem servido de tema às mais vivas controversias.

O período primitivo ou costumeiro do Direito Penal, sob o regime da *vingança de sangue* e da *compositio*, desconhece completamente a exigencia da culpabilidade. Assim também o antigo Direito Sagrado Romano e o Direito Germanico sob a prevalencia da reação privada. Então, mais decisivo para o ofendido ou para seu *Sippe* era o resultado em si. Só com o robustecimento do poder estatal, como diz MEZGER, começa a consideração conciente e reflexiva da culpabilidade. O Direito Romano posterior já consagra a sua exigencia, estabelecendo, para as ações punidas com a pena pública, a necessidade do dolo. *Si quis liberum hominem dolo sciens morti duit paricida esto.*

Com isso, o senso jurídico latino repelia a equiparação do fato involuntario ao fato voluntario, passando, por consequente, a considerar o elemento psicológico da intenção criminosa: *propositum, consulto, sciens, volenter, animus nocendi, animus injuriandi, sponte, fraude, dolo malo.*

No Direito Germanico o *guidrigildo* pagava-se sempre, quer nos fatos voluntarios quer nos in-

voluntarios, porque o ponto de vista da reparação privada provinha do dano. A rude consciencia jurídica dessa epoca não alcançara compreender como um fato danoso qualquer pudesse ficar impune. Mas o *fredus*, que é, como observa PESSINA, o germe da pena imposta pelo Estado, só se pagava quando o fato era voluntario. Em face disso, já se diferenciavam as duas locuções: *vathi verk* (caso) e *williawerk* (dolo), compreendendo-se na primeira os fatos involuntarios e na segunda os voluntarios.

Mais tarde, o Direito Tedesco, valorizando a voluntariedade da ação, concedeu ao agente a faculdade de invocar a circunstância da involuntariedade, mediante o chamado *iuramento de hasto*.

Mas onde a noção do dolo se desenvolve mais amplamente é no Direito Canonico, que o designava com as palavras: *dolus, voluntas, sciens, malitia, scienter, studium, industria*. E' aí que se estabelece a norma: *voluntaria tantum commissa sequitur delictorum invidia*. E' aí, também, que se começa a desenvolver a teoria da *culpa*, diversificando-se a pena, conforme o dano fosse determinado pela *vontade*, ou, sómente, pela *imprudencia* ou *negligencia*.

Nessas fontes comuns formou-se a doutrina dos escritores antigos, fixando o principio da von-

tade conciente como condição fundamental do delicto (¹).

2 — Examinada a matéria em face das modernas correntes que disputam entre si a melhor solução dos problemas penais, verificaremos que elas se conciliam, qualquer que seja a definição adotada para o crime, frente ao direito positivo, no ponto relativo à coexistencia daqueles elementos: material e moral.

Em consonância com os princípios fundamentais da escola clássica, CARRARA define o crime como sendo “a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato exterior do homem, positivo ou negativo, moralmente imputavel” (²).

Vê-se, dessa definição, e o seu proprio autor assim estabelece, que o crime não é um simples *fato*. É uma *entidade juridica*, cuja essencia, consistente numa idéia de relação, exige o concurso de certos elementos que produzem o conflito entre o fato material e a lei.

(1) ENRICO PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, vol. 1, pags. 170/171 (Napoles, 1882) — BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, vol. 1, pags. 294/295 (Napoles, 1910) — VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. 1, n. 241 (Turim, 1920).

(2) *Programme du Cours de Droit Criminel*, Parte Geral, trad. de PAUL BARET.

A esses elementos, o insigne professor da Universidade de Piza dá o nome de *forças do delito*, sustentando que a teoria das *forças* é fundamental para a escola clássica.

Assim, não seria admissível a imputação social de uma ação, si nela não se congregassem as forças que constituem o delito, como também não se admitiria o aumento ou a diminuição da imputação si não se encontrassem essas forças em um grau mais ou menos elevado na ação. E desde que o delito se origina de um conflito entre o *ato humano* e o direito, nele se deve encontrar, necessariamente, o concurso de duas forças, ambas indispensáveis, para que o ato possa ser punido como delituoso: a força *moral* e a força *física*, que devem ser consideradas quanto à sua causa, ou subjetivamente, e quanto ao seu resultado, ou objetivamente.

A *força moral* considerada na sua causa (força moral *subjetiva*) é a que constitui o carater moral da ação e supõe o concurso de quatro condições: 1.^a) o conhecimento da lei; 2.^a) a previsão dos efeitos; 3.^a) a liberdade de escolha; 4.^a) a vontade de agir.

As duas primeiras condições que, muitas vezes, podem ser apenas *potenciais*, se resumem na fórmula: *concurso da intelligencia*. As duas ultimas, que devem ser sempre *atuais*, se condensam

na fórmula: *concurso da vontade*. Da combinação dessas duas fórmulas resulta a intenção, que sendo direta, ou indireta mas positiva, constitui o *dolo* e sendo indireta negativa representa a *culpa* ou o *caso fortuito*.

Como vemos, a análise do crime, segundo o conceito clássico do sistema bipartido, funda-se, principalmente, na distinção entre o elemento objetivo e o elemento subjetivo.

3 — Desse conceito não divergem nem os positivistas nem os críticos, todos acordes em aceitar a coexistência necessária do elemento material e do elemento moral para a existência jurídica do delito.

Sustenta FERRI que “a ação psíquica e a ação física constituem os dois elementos principais e característicos do crime”. Na lição desse ilustre mestre, o *iter criminis* constará de cinco diferentes fases: 1.^a) a idéa criminosa; 2.^a) a sua manifestação; 3.^a) os atos preparatórios; 4.^a) os atos executivos; 5.^a) os atos consumativos. A primeira refere-se à ação psíquica e as outras à ação física (3).

Para Von LISZT *crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena*, e o injusto, quer se

(3) ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, pag. 522.

trate de delito do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a “*ação culposa e contraria ao direito*”.

E na análise dessa definição sustenta ele que “as circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser *acontecimentos* que independem da vontade humana, mas sómente *ações humanas*”, para daí concluir que ação é “o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem”.

Assim, sem ato de vontade “não ha ação, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não ha ação, não ha injusto, não ha crime, sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*” (4).

Dá, assim, os dois elementos de que se compõe a idéia de ação e, pois, a de crime: ato de vontade e resultado, observando que a estes dois elementos deve acrescer a relação necessaria para que eles formem um todo: *a referencia do resultado ao ato*.

4 — Qualquer que seja, portanto, o conceito científico do crime, cumpre sempre ressaltar a sua característica de ato humano e, por isso mesmo, subordinado ao concurso da vontade, cuja liberda-

(4) FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. de José Hygino Duarte Pereira, t. I.

de, segundo se lê na Exposição de Motivos do novo Código Penal Brasileiro, “é um pressuposto de todas as disciplinas práticas, pois existe nos homens a convicção de ordem empirica de que cada um de nós é capaz de escolher entre os motivos determinantes da vontade e, portanto, moralmente responsável”.

Evidentemente, “sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de carater ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotencia do Estado” (5).

Não bastariam, sem dúvida, a explicar o crime, a fisiologia e a anatomia, conforme refere PROAL, para quem o *tipo criminoso* é uma ficção, porque o crime não constitui uma enfermidade organica.

Assim, o delinquente não difere do homem honesto por particularidades físicas, senão pelos sentimentos e pela vontade. Não haverá, pois, uma tendencia fatalistica para a delinquencia, dado que as influencias fisiológicas e psíquicas não seriam irresistiveis senão em relação ao alienado privado do uso da razão. São, aquelas influencias, circunstancias que, em certos casos, podem atenuar a

(5) Exposição de Motivos do Ministro FRANCISCO CAMPOS, *Código Penal Brasileiro*.

responsabilidade moral do criminoso, mas sem jamais a suprimir inteiramente (6).

Bem acentua o Professor NELSON HUNGRIA que “o criminoso não é um *modelo de fabrica*, mas um trecho flagrante da humanidade”.

Não há, dessarte, como considerá-lo *una varietà del genere umano*, como diz VACCARO, um tipo *unitario*, revestido de carateristicos especiais, mero autômato sujeito a todas as influencias, sem poder reagir contra elas.

Eloquentes, sem dúvida, e expressivas, pela grande verdade que encerram, são ainda as palavras de NELSON HUNGRIA: “Mesmo que se reconheça cientificamente inadmissivel a liberdade volitiva, seria inaceitavel o determinismo que declara o homem irresponsavel. Se de um ponto de vista abstrato se pode negar essa liberdade, não se poderá recusar-a do ponto de vista ético-social, pois alem de postulada pela nossa consciencia, é indispensavel à vida juridica dos povos. A liberdade perdida na esfera do pensamento, readquire-se na esfera da ação, a qual exige, por indeclinaveis razões de ordem social regulada pelo direito, a responsabilidade humana” (7).

(6) LOUIS PROAL, *Le Crime et la Peine*.

(7) NELSON HUNGRIA, Introdução á Ciencia Penal, Conferencia feita no 1.º Congresso Nacional do Ministerio Publico, São Paulo, 1942.

Daí a relevância do elemento psicológico como condição indispensável à justiça da pena. Seria ilógico e até monstruoso, por destoante dos mais comensuráveis princípios da natureza humana, equiparar, de modo geral, o dano infligido sem vontade ao que resultasse de um ato conciente do agente quanto ao resultado. ⁽⁸⁾

5 — Nem outro tem sido o postulado que, na evolução do Direito Penal, vai emprestando maior relevância ao elemento subjetivo do crime, senão precisamente o que se apoia na necessidade de uma pena justa.

E essa relevância pode nem só referir-se à própria existencia do delicto, como também à sua gravidade e à medida da pena a aplicar.

Quanto à existencia do delicto: porque o elemento psicológico é condição *constitutiva* que entra em sua composição, de combinação com o elemento material, do qual não pode estar separado senão *in rerum natura*, pois quando separados não há crime, do mesmo modo com o que se dá com o oxigenio e o hidrogenio, conforme o expressivo exemplo de CARNELLUTTI: eles existem tambem se-

(8) Apreciaremos, mais adiante, a notavel conferencia proferida pelo professor NOÉ AZEVEDO, no Congresso do Ministerio Publico, sustentando o postulado positivista da defesa social.

parados, porém, si não estiverem combinados de certo modo não formam a agua.

Quanto à gravidade do crime e à medida da pena a aplicar, o elemento subjetivo passará a operar como condição *modificativa*, influindo não só na classificação legal do crime como também na quantidade da pena.

CARNELLUTTI distingue, na classificação dos requisitos do crime, três classes de elementos: *constitutivos, impeditivos e modificativos*, ou seja, elementos com efficacia constitutiva, impeditiva e modificativa (9).

Por elementos constitutivos, também chamados essenciais, devem ser entendidas as condições indispensaveis para a existencia do delicto, *essentialia delicti*. Os elementos impeditivos e modificativos, que seriam accidentais (*accidentalia delicti*), compreendem as causas que excluem, agravam ou atenuam a culpabilidade.

Assim, os requisitos constitutivos representam os *elementos* do crime, e os impeditivos e modificativos as suas *circunstâncias*. Estas, é obvio, tambem podem ser objetivas e subjetivas, conforme se refiram a qualquer modalidade da ação (meios empregados, tempo, logar), ou à intensidade do dolo, grau da culpa, personalidade do

(9) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Generale del Delitto*, trad. de Victor Conde, n. 33.

agente, motivos determinantes, relação entre o agente e o ofendido. Por outras palavras: objectivas serão as que se refiram ao *elemento material* do crime; subjectivas as que digam respeito à pessoa do agente ou relativas ao *elemento moral*.

ROBERTO LYRA contesta a existencia de elementos *accidentais* no crime, taxando essa expressão de infeliz pela confusão de conceitos que origina. Há accidentes na execução, diz ele, e acrescenta: “Há crimes *accidentais*. Há criminosos *accidentais*. A infelicidade é ainda maior quando se contrapõem elementos *accidentais* a elementos *essenciais* (constitutivos).”

Para esse ilustre mestre do Direito Penal, quem quizesse considerar as circunstâncias, em relação ao nosso Código “elementos accidentais do crime e não causas gerais de agravação ou atenuação da pena, teria de acrescentar ao sentido restrito ou proprio um sentido restritissimo ligado à quantidade punitiva do crime” ⁽¹⁰⁾.

Todavia, e tendo ainda presente o que expõe CARNELUTTI, a antítese entre elementos essenciais e accidentais funda-se sobre a existencia de elementos *que devem existir* e outros que, pelo contrario, *podem existir ou não* ⁽¹¹⁾, o que não obsta, se-

(10) ROBERTO LYRA, *Comentarios ao Codigo Penal*, vol. II, n. 38.

(11) F. CARNELUTTI, *ob. cit.*, n. 33.

gundo o mesmo autor, a que “la distincion sigue siendo grosera, por dejar indistinta la massa de los elementos accidentales y, sobre todo, porque mediante estos, por el contrario, los elementos impositivos influyen realmente sobre la esencia, esto es, sobre el ser o no ser, no solo sobre la gravedad del delito”.

Em verdade, o elemento impositivo influi sobre a essencia do crime, porque a sua função será a de excluir o elemento constitutivo, mas nem por isso, ao que parece, infirma a velha distinção entre elementos *essenciais* e *accidentais*, pois que, como impositivo, um tal elemento é, em rigor, mais uma causa de justificação do ato do que, propriamente, circunstância do crime.

Sendo a circunstância um elemento accidental accessorio, ela só pode verificar-se em face do fato principal que é o crime. Excluido este, pela influencia de uma causa impositiva, já não há como falar nem em elementos essenciais nem em elementos accidentais.

De qualquer forma, porém, parece fora de duvida que, ao lado dos elementos essenciais ou constitutivos do crime, existem circunstâncias accessorias, verdadeiros elementos accidentais que, como escreve HAUSS, têm por efeito modificar a crimi-

nalidade da ação ou a culpabilidade do agente e, por conseguinte, aumentar ou diminuir a pena ⁽¹²⁾.

Não importa que todas essas modalidades acessórias sejam especialmente definidas pela lei, mesmo porque é impossível prever as particularidades acidentais que, em cada caso concreto, possam determinar uma agravação ou uma diminuição da pena.

A enumeração legal *limitativa* das circunstâncias abre caminho a inúmeras iniquidades na prática judiciária, conforme observa TOBIAS BARRETO, donde o sistema, geralmente adotado pelos códigos modernos, de dividir as circunstâncias em *legais* e *judiciais*, deixando estas à livre apreciação do juiz para a individualização da pena.

Mas quanto aos elementos *essenciais*, constitutivos do crime, a lei deve determiná-los expressamente, pois que cabe a ela e só a ela definir cada delito e lhe dar um *nomen juris*, mediante a enunciação de seus elementos essenciais. Si faltar um só desses elementos, observa EUSEBIO GOMEZ, torna-se impossível enquadrar o fato na definição legal, ou porque não chega a ser ilícito, ou porque está compreendido em alguma ou outra definição ⁽¹³⁾.

(12) J. J. HAUSS, *Principes Generaux du Droit Penal*, t. I, 3.^a ed.

(13) EUSEBIO GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, n. 178.

Desta forma, si há elementos sem os quais o crime não se integra, esses são *essenciais*, e si há elementos que modificam a gravidade da ação, já de si considerada criminosa, esses são *acidentais*.

E entre os elementos essenciais, não há como negar, está o elemento subjetivo representado pela culpabilidade do agente. Ao lado desse elemento há que considerar os elementos acessórios, acidentais, que são as circunstâncias do crime, e também de natureza subjetiva quando influam na maior ou menor gradação da culpabilidade, para o efeito da medida da pena.

6 — O Código Penal Brasileiro empresta às circunstâncias subjetivas uma influencia preponderante ao estabelecer que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 49). Dá-se, com isso, sem qualquer sombra de duvida, maior relevo ao elemento subjetivo, pois que, ainda em relação às circunstâncias, é esse o elemento que deve preponderar.

7 — Estabelecida a diferença entre elementos e circunstâncias, há ainda que considerar os chamados *pressupostos* do crime, que seriam, conforme MANZINI, os elementos jurídicos, positivos

ou negativos, anteriores à execução do fato, “alla sussistenza o all’insussistenza dei quali é condizionata la sussistenza del titolo delittuoso de cui si tratta”.

A falta dos *pressupostos do crime* determina apenas a transferencia do fato para um diverso título delituoso. Assim, para MANZINI, pressupostos do crime são aqueles antecedentes lógico-jurídicos, necesarios para que o fato seja imputavel por um determinado título delituoso ⁽¹⁴⁾. Distingue, esse autor, os *pressupostos do crime*, dos *pressupostos do fato*, considerando estes ultimos como os elementos jurídicos ou materiais indispensaveis para que o fato previsto na norma incriminadora constitua crime. Em sua falta, o fato não será punível por nenhum título delituoso.

Contra o conceito de MANZINI, opoz-lhe GIÁ-COMO DELITALA uma critica demolidora, conforme refere ALDO MORO. Nos termos dessa critica, MANZINI teria cometido um *erro de perspectiva*, por tomar como elementos da injuricidade, os elementos que apenas tornam possível a realização de um fato tipicamente previsto na lei.

Ao que se dá, por exemplo, com o crime de infanticidio: a especial relação de parentesco en-

(14) V. MANZINI, *ob. cit.*, vol. 1, n. 216

tre o sujeito ativo e o sujeito passivo será, segundo o conceito de MANZINI, um pressuposto desse crime. Na falta desse pressuposto, o fato se deslocará para outro título delituoso, o homicídio.

Contudo, na conformidade do conceito de DELITALA, esse pressuposto é também um elemento do crime de infanticídio, elemento que integra o tipo legal da infração. Si faltar esse elemento, faltarão o fato constitutivo do crime, tal como a lei o define.

Aliás, bem acentua CARNELLUTTI: a noção dos pressupostos do crime, e sua distinção dos elementos, constitui um dos pontos sobre os quais a doutrina do Direito Penal não alcançou ainda a desejada clareza. E, segundo EUSEBIO GOMEZ, a criação de tão “oscilante figura” não corresponde a nenhuma finalidade prática.

Todavia, os que se comprazem com a distinção parecem animados do desejo de observar uma ordem lógica na estruturação do delito: *pressupostos*, seria o que deve existir antes do crime; *elementos*, o que entra na composição legal do crime para constituir-lo; *circunstâncias*, o que modifica a criminalidade da ação ou a culpabilidade do agente, para o efeito de aumentar ou diminuir a pena.

Em rigor, os pressupostos se distinguem da ação e do resultado, porque estão fora do nexa causal. Como antecedentes da ação ou do evento não está no agente produzi-los.

Nem por isso, como se vê, ganha clareza a distinção entre pressupostos e elementos, o que, de resto, e, *ad-instar* do que se dá com as denominadas “condições objetivas de punibilidade”, mais representa uma subtileza teórica do que uma finalidade de sentido prático.

8 — Maior interesse talvez ofereça a apreciação daqueles elementos a que MEZGER denomina *típicos subjetivos*.

Em verdade, o injusto penal depende, em muitos casos, de caraterísticos subjetivos, situados na alma do agente. Conforme expõe MEZGER ⁽¹⁵⁾, o delito é ação antijurídica, porém ao mesmo tempo e sempre, *tipicamente antijurídica*. Nem toda a ação antijurídica é punível. Para que isso se dê, é de mistér que o Direito Penal a tenha definido previamente em um *tipo* especial.

A palavra *tipo*, no sentido jurídico-penal, significará, então, o injusto concretamente descrito pela lei em seus diversos artigos, e a cuja

(15) EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de J. B. Rodriguez Muñoz, t. I, pag. 319.

realização está ligada a sanção penal, ou seja, o conjunto de todos os pressupostos a cuja existência se prende uma consequência jurídica, que é a pena ⁽¹⁶⁾.

E, como, em muitos casos de *tipificação* do injusto penal, a lei menciona expressamente o elemento subjetivo, esse elemento passa a ser um elemento típico do crime, a fazer parte do que os autores alemães denominam *Tatbestand*, ou seja, do crime tal como o descreve a lei. Neste caso, o elemento subjetivo se refere à *tipicidade* mais diretamente do que à culpabilidade, ou, então, poder-se-ia dizer que, nessa hipótese, a culpabilidade se confunde com a tipicidade.

Assim, quando a lei, ao definir o crime, menciona “intuito de lucro”, “fim de obter para si ou para outrem qualquer vantagem”, “para fim libidinoso”, etc., faz depender de elementos *típicos subjetivos* a existência da infração penal. Há aí, como refere MEZGER, certos estados e processos anímicos que o juiz há de constatar como características do injusto punível” ⁽¹⁷⁾.

Mas, em rigor, não há como negar que os chamados elementos típicos subjetivos se confun-

(16) Evidentemente, MEZGER usa da expressão “pressupostos” como significando os elementos previstos pela lei para a definição do crime.

(17) MEZGER, *ob. cit.*, pag. 319.

dem com o proprio elemento subjetivo, considerado este como participação moral e, pois, como relação de causalidade psíquica.

9 — No Código Penal Brasileiro a causalidade material é considerada segundo a chamada teoria da *equivalencia das condições* ou da *conditio sine qua non*, que, remontando à filosofia naturalistica de STUART MILL, foi aplicada ao Direito Penal por VON BURI (18).

Estabelecida a equivalencia entre causa e condição, a ação humana será sempre causa quando for *conditio sine qua non* do resultado, ou, como na lição de VON BURI, aquela ação é sempre causa quando não pode, em pensamento, ser suprimida sem que desapareça o resultado. E' o chamado "processo de eliminação hipotética", no dizer de THYREN. Destarte, a superveniencia de causa independente, tal como prescreve o nosso diploma penal, exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado (art. 11, § unico).

Bem de ver que a causalidade material, sem prejuizo do sistema adotado em nossa lei penal, deve completar-se com a causalidade psíquica,

(18) Lembra VON HIPPEL, que VON BURI ao tempo em que formulou a sua doutrina, não conhecia a teoria de STUART MILL sobre a concepção de causa. (Vid. JIMENEZ DE ASUA — "El Criminalista" — II t. nota 12).

como pressupostos inseparáveis da punibilidade, tanto mais se considerarmos que a adoção do princípio da “equivalencia dos antecedentes”, importa, logicamente, na eliminação do instituto das concausas, o que acarreta para o juiz o dever de mais profundamente examinar o elemento subjetivo do crime.

Nem por isso, todavia, deixa de ser bem viva a linha divisória entre a causalidade e a culpabilidade, tomada a primeira apenas no sentido de nexo causal entre a ação e o resultado (*indole objetiva*) e a segunda como significando a relação entre a vontade e o resultado (*natureza subjetiva*).

Conforme as conclusões de JIMENEZ DE ASUA, no seu interessante estudo sobre “a relação da causalidade e a responsabilidade criminal”, constante do segundo tomo do seu recente livro — *El Criminalista* — três são os pressupostos exigidos para a punibilidade do resultado: a) *nexo causal* entre a ação humana e o resultado, dentro do princípio da *conditio sine qua non*; b) *relevancia juridica* dessa relação, apreciada e esclarecida em cada tipo legal; c) *culpabilidade* do agente em relação ao resultado. Afirma ASUA que, embora corretíssima como conceito *teoretico-causal*, a doutrina da *condição* poderia chegar a injustiças que constituiriam verdadeiras monstruosidades, principalmente no que toca aos delitos

qualificados pelo resultado e nas situações em que intervêm as chamadas concausas. E cita CARLOS BINDING que, com ironia, criticou as teorias da causalidade de tipo generalizador, particularmente a da equivalencia das condições, afirmando que si tais teorias tivessem a importância que se lhes pretende emprestar em materia penal, chegar-se-ia ao extremo de castigar como co-autor no crime de adulterio, o carpinteiro que tivesse feito a cama em que cohabitasssem os amantes culpados.

Daí a necessidade de exigir-se, no sistema da *conditio*, o pressuposto da *culpabilidade* em relação ao resultado, o que constituirá um modo de corrigir ou, pelo menos, de abrandar os excessos em que podem cair as doutrinas da causalidade.

Pelo que toca à culpabilidade, ou seja, ao elemento subjetivo, o nosso Código Penal define a forma dolosa e a forma culposa do crime, acrescentando que, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 15, nrs. I, II e § unico).

Examinaremos, a seguir, essas formas do elemento subjetivo.

CAPÍTULO II

SUMARIO: Formas do elemento subjetivo. Conceitos do dolo. Dolo determinado e dolo indeterminado. Consciência da ilegalidade. Dolo e intenção. Dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente. Grau da culpa para o efeito da aplicação da pena.

10 — Segundo as mais antigas concepções, o dolo e a culpa *stricto sensu* constituem as duas possíveis *especies de culpabilidade*, ou, em resumo, a própria culpabilidade.

Contudo, no sentido moderno, tem-se o dolo e a culpa *stricto sensu* tão somente como *elementos da culpabilidade*, isto é, como *formas do elemento subjetivo*, ou formas da culpabilidade, pois que, ao lado do dolo e respectivamente da culpa, também pertencem à culpabilidade, normativamente determinada, a *imputabilidade* do agente e a *ausência de causas de exclusão da culpabilidade* ⁽¹⁹⁾.

(19) E. MEZGER, *ob. cit.* § 25, t. II. Este autor cita, em abono da teoria que defende e por ele considerada “nova e correta concepção da culpabilidade e de suas diferentes características”, o escrito de FRANK, datado de 1907, sob a epigrafe “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, que determinou polemica entre

Desta forma, a imputabilidade deixaria de ser um simples pressuposto da culpabilidade, para se tornar uma das suas características, o que se justifica, segundo MEZGER, pela razão de que o que é pressuposto da culpabilidade também é, de modo necessario, sua característica. E isso determina, como consequencia natural, considerar a teoria da imputabilidade como parte integrante da teoria da culpabilidade.

Quanto à *ausencia de causas especiais de exclusão da culpabilidade*, parece obvio que, quando não se verificar essa ausencia, isto é, dada a existencia de uma causa de exclusão, a culpabilidade desaparece, *ad instar* do que aconteceria si faltasse um pressuposto do dolo, da culpa *stricto sensu* ou da imputabilidade.

11 — O dolo e a culpa *stricto sensu* são, pois, as duas formas de culpabilidade conhecidas no Direito Penal vigente. Muito se tem escrito e discutido em relação a essas formas do elemento subjetivo, e, daí, as diversas definições que, entre si, disputam o seu melhor conceito.

Para os adeptos do classicismo, o dolo ora consiste na *vontade*, ora na *inteligencia*, ora no *concurso* da vontade e da inteligencia.

as duas correntes contrarias. Em opposição à tese de FRANK, e no sentido de que a culpabilidade se exaure no dolo e na culpa, se manifestaram, entre outros, BINDING e von LISZT-SCHMIDT.

Consoante a definição de CARRARA, dolo “é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrario à lei” (20). Intenção, nesse caso, seria a resultante do concurso da intelligencia e da vontade.

Conforme PESSINA, o dolo consiste em querer e conhecer as consequencias do próprio ato. Duas serão, pois, as condições que se devem verificar, nesse caso, para que subsista o dolo: “La prima é che il fenomeno di negazione del Diritto sia stato preveduto dall’essere operante e como negazione del Diritto e como conseguenza, sia certa ou sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo. L’altra é che l’essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo, da quale, como effeto da cagione, deriva il fenomeno di negazione del Diritto” (21).

Para MANZINI, dolo “é la volontà cosciente e non coartata di compiere un fatto commissivo od omissivo, lesivo o pericoloso per um legittimo interesse altrui del quale si sa di non poter disporre, conoscendo o no che quel fatto è represso dalla legge penale” (22).

(20) CARRARA, *ob. cit.* § 69.

(21) ENRICO PESSINA, *ob. cit.*, vol. I, pag. 173.

(22) V. MANZINI, *ob. cit.* n. 249.

IMPALOMENI define o dolo como sendo a consciência de praticar um ato lesivo de um bem protegido pela lei penal.

Segundo sustenta GARRAUD, todo aquele que pratica o fato material constitutivo da infração, só será responsável se tinha a *compreensão* do malefício e a *liberdade* da ação. Assim, a *inteligencia* e a *liberdade* são elementos constitutivos de toda infração, quer intencionais quer não intencionais.

Por *inteligencia* entende GARRAUD a faculdade de discernir a ilegalidade do ato, e por *liberdade* a faculdade interna de querer ou de não querer e a faculdade externa de agir ou não agir ⁽²³⁾.

Na definição de BUCCELATI, o dolo “é a vontade direta de infringir a lei, plenamente determinada e conhecida por fatos externos”. E ROMAGNOSI considera o dolo como a consciência de violar a lei podendo deixar de fazê-lo.

Dessas definições, verifica-se que umas dão maior relevância à *consciência* da natureza lesiva do ato contra um bem protegido pela lei, ao passo que outras emprestam maior relevo à *vontade*, e algumas ao concurso da *vontade* e da *inteligencia*.

(23) R. GARRAUD, *Precis de Droit Criminel*, 5.^a ed., ns. 112 e 113.

Nos domínios da escola positiva também há, a exemplo de FLORIAN, quem dê maior relevo à vontade como elemento fundamental do dolo, definindo-o como “a vontade do agente de praticar um ato incriminado, conciente da relação de causalidade entre a própria obra e o resultado.

No conceito de FERRI, o dolo se compõe de três elementos distintos: *vontade, intenção e fim*. Assim, o ato, embora voluntario, pode não se revestir de intenção quanto a um determinado resultado, como também pode ser voluntario e intencional mas dirigido a um fim não ilícito. Daí a preponderância dos *motivos determinantes*, os quais, em rigor, constituem o principal ponto de divergência entre os clássicos e os positivistas, na conceituação do dolo.

Entre os críticos destaca-se Von LISZT, que define o dolo como “a representação da importância do ato voluntario como causa (representação da causalidade)”.

Desta forma, a idéia do dolo compreende: 1.º) “a representação do ato voluntario mesmo, quando este corresponde à idéia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinaria, quer sob uma forma mais grave; 2.º) a previsão do resultado, quando este é necessário para a idéia do crime; 3.º) a representação de que o resultado será efeito do ato voluntario, e este causa do re-

sultado, portanto a representação da causalidade mesma” (24).

Como se sabe, Von LISZT sustentava a chamada *teoria da representação*, em oposição à *teoria da vontade*. Para a primeira, o dolo consiste na representação do resultado e da relação de causalidade entre o resultado e o ato voluntário; para a segunda, em querer o ato e o resultado.

A teoria da representação, conforme anota MEZGER, citando FRANK, teve em NETTERBLADT o seu precursor, e em Von ALMENDINGEN o seu verdadeiro fundador, muito embora Von HIPPEL conteste essa afirmativa para, por sua vez, sustentar que os primeiros defensores dessa teoria foram BEKKER, em 1859, ZITELMANN, em 1879 e Von LISZT, em 1884 (25).

Não há, porém, como negar que a teoria sempre dominante foi a da vontade, e, hoje, pode dizer-se com FRANK, que o contraste entre as duas teorias é sómente formal, afirmativa a que adere Von LISZT-SCHMIDT.

O que, porém, é inegável, é que as duas referidas teorias tendem para um acordo, eis que, como observa ROBERTO LYRA “a representação desacompanhada da vontade, como causa inerte da

(24) VON LISZT, *Tratado de Direito Penal*, trad. de José Higino, § 38.

(25) ED. MEZGER, *ob. cit.* § 42, not., 9.

psyché, não pode exaurir a noção do dolo; a vontade, sem a representação é impossível no sujeito normal, ou, pelo menos, não tem valor. A vontade careceria de conteúdo. Realmente, o dolo encerra sempre a vontade e a representação. Sem o concurso de ambas, sem a representação do evento querido e sem a vontade de produzir o evento representado, não há dolo. Não se pode querer o que se não prevê. A nitidez da representação e da vontade influi apenas no grau e não na existência do dolo (²⁶).

Não bastará, portanto, a simples ação voluntária, como não bastará a simples representação do resultado, do que decorre, logicamente, que a existência do dolo reclama sempre o ato voluntário e o desejo ou a previsão do resultado, a menos que, embora previsto, tenha o agente acreditado que o resultado não se verificaria.

Então o dolo, como a mais grave forma da culpabilidade, se caracterizará, principalmente, pela ação voluntária em relação a um resultado querido, ou, pelo menos, previsto pelo agente que, nesta ultima hipótese, não teria razões para descrever da possibilidade de sua realização.

(26) NELSON HUNGRIA e ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, Parte Geral, n. 89.

12 — Interessante é a exposição de CARNELUTTI, quando sustenta que o centro de gravidade do conceito do dolo está na direção da vontade ou intenção. Neste caso, o resultado seria querido, isto é, objeto da intenção, quando fosse *desejado* pelo agente. Assim, pois, sómente o desejo poderia distinguir, no conjunto dos resultados produzidos pelo homem, aqueles que foram queridos daqueles não queridos. Torna-se, então, irrelevante para a noção do dolo, a circunstância da previsão, dado que um evento não desejado pode ser previsto.

A previsão é elemento *absorvido* ou *implicito* na hipótese de um resultado desejado e produzido, pois que se um evento desejado foi consumado, não pode deixar de ter sido previsto, de nada valendo a objeção quanto à distinção que deve ser feita entre vontade e desejo. Sendo este o germe da vontade, pode-se desejar sem querer, mas não se pode querer sem desejar. O simples desejo não é, em absoluto, um querer doloso.

Nesta conformidade, se o agente produziu um evento, a única indagação útil a fazer é a de saber se o evento foi ou não querido por ele. É a investigação daquilo a que CARNELUTTI denomina *o germe da vontade*.

Isto posto, o que importa para caraterizar a ação dolosa é a coincidência entre o resultado de-

sejado e o verificado, no que concerne aos elementos penalmente relevantes, ao passo que nada significa a falta de coincidência dos elementos penalmente indiferentes.

Assim, se Ticio querendo matar Caio, mata Sempronio, existe um homicídio doloso, embora a morte de Sempronio não fosse desejada pelo agente e sim a de Caio. Mas, se Ticio querendo matar um animal que se encontrava em um grupo de pessoas, mata uma destas, haverá ainda um homicídio doloso?

Nesse ultimo caso faltariam ao evento desejado as características do crime de homicídio, o que não se verificaria em relação ao primeiro exemplo, pois que embora não tivesse desejado matar Sempronio, contudo desejou o agente cometer um homicídio contra Caio. Subsistente, portanto, quanto à morte de Sempronio, é o dolo de Ticio no homicídio que desejou cometer, ao passo que nenhum dolo haveria, se Ticio apenas tivesse desejado matar um animal.

Resulta daí que o evento causado será sempre doloso, enquanto se revestir das características penais do evento desejado, ou seja, senão *fisicamente identico*, pelo menos *juridicamente equivalente* a este ultimo.

Conclui, pois, CARNELUTTI, que é o desejo e não a previsão a “agulha da bussola” que deve

orientar o intérprete na indagação do dolo, o que, contudo, não significa a adoção da *teoria da vontade*. Entende ele que o equívoco dessa teoria está em querer resolver o problema com o próprio problema, porque não é dado separar a orientação da vontade da própria vontade. Mesmo assim, o elemento que determina o conteúdo ou a direção da vontade não proporciona senão o começo da solução do problema, a qual só será completa quando se determinam *os limites da coincidência entre o evento desejado e o causado*.

Desta maneira, a dificuldade de colocar no quadro dos eventos dolosos certos eventos não plenamente conformes com o evento desejado, se resolverá pela *coincidência jurídica* entre o produzido e o desejado, e não pela *coincidência material*.

E, com tais considerações, desaprova a fórmula do Código italiano ao estabelecer que o crime “é doloso, ou segundo a intenção, quando o evento danoso ou perigoso, que é o resultado da ação ou da omissão e do qual a lei faz depender a existência do crime, tenha sido previsto ou querido pelo agente como consequência da própria ação ou omissão”.

Observa que nessa fórmula existe um vício de lógica, por ter acrescentado a parte ao todo, pois *querer* designa o processo do qual o *prever* é um elemento ou fase. Quando se diz querido,

diz-se, implicitamente, previsto, do que conclui que o acrescimo, na melhor hipótese, é superfluo, não obstante possa chegar até a ser perigoso, pela possibilidade de levar o intérprete a supor que para reconhecer a existencia do dolo torna-se necessario um certo grau de previsão mais acen-tuado do que aquele minimo de previsão implicitamente contido no querer ⁽²⁷⁾.

13 — Outra questão a examinar é a de saber, se para integrar a noção do dolo, é ou não necessaria a consciencia da ilegalidade do ato.

Os que combatem a necessidade desse requisito apoiam-se, sobretudo, no principio de que a ignorancia da lei não excusa. Foi essa a razão decisiva invocada por VON LISZT ao objectar que a exigencia da consciencia da ilegalidade “paralisa-ria a administração da justiça, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso concreto, que o agente conhecia o preceito violado”.

Segundo COSTA E SILVA, essa questão, gran-demente controvertida pelos autores alemães, para nós só teria interesse teórico, porque, *de lege data*, a resolveria, em sentido negativo, o ar-tigo 26, letra *a*, do Código Penal ⁽²⁸⁾. Estava-

(27) CARNELUTTI, *ob. cit.*, n. 69.

(28) Dr. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, pag. 141.

mos, a esse tempo, no regime do Código de 1.890. Mas, no atual estatuto penal brasileiro, a disposição do citado artigo 26, letra *a*, vem reproduzida no artigo 16, *in verbis*: “a ignorancia ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”.

Continuará, assim, a questão, sem interesse prático, pela solução negativa do mencionado dispositivo?

Apreciemos, de inicio, a objeção oposta por NELSON HUNGRIA ao comentario de COSTA E SILVA: “Si *conciencia da ilegalidade* (injuricidade, ilicitude juridica) significasse o conhecimento especifico da lei penal, nada haveria a objectar; mas si tal locução, segundo o prevalente ponto de vista dos autores alemães traduz o conhecimento de que se infringe, realmente, o dever (etico, social, cultural) reclamado pela ordem juridica, é fora de duvida o desacerto do comentario acima transcrito. A *injuricidade subjetiva* (conciencia da ilegalidade no sentido acima exposto) é inelutavelmente exigida pela nossa lei penal, para a identificação dos crimes dolosos, abstraído o conhecimento especifico da norma penal. O nosso direito penal positivo concebe o dolo como *intenção criminosa*. E’ o mesmo conceito do *dolus malus* do direito romano, do *böser Vorsatz* do Código Penal austriaco, ou da *malice* da lei inglesa. Ora, a intenção criminosa envolve

ou pressupõe, evidentemente, necessariamente, a consciencia de rebeldia contra a ordem jurídica, ou seja, a consciencia da injuricidade da ação”.

E depois de outras considerações, assim remata: “Si em face de outras legislações penais será discutível o cunho ético-jurídico do dolo, perante a nossa a controversia não pode ser, siquer, suscitada: dolo é, principalmente, a consciencia de que a ação que se vae praticar é aquela mesma que incide na reprovação ético-jurídica, quer se faça tal apreciação remontando-se a *ratio essendi* da incriminação legal, quer à luz da consciencia jurídica popular, abstraído o positivo conhecimento do preceito penal” (29).

Como se vê, o ilustre mestre tomava como ponto de partida o conceito do dolo perante o Código Penal de 1.890, que o concebia como *intenção criminosa*. Será esse ainda o conceito adotado em nosso atual direito penal positivo? O cunho ético-jurídico do dolo terá ainda acolhida em nossa lei penal vigente?

Parece de todo evidente que a teoria da neutralidade do dolo já não encontra a menor ressonância, mesmo na orbita meramente doutrinaria, e, pois, muito menos no direito positivo. O insigne VON LISZT não logrou, ao formulá-la, se-

(29) NELSON HUNGRIA, *A Legítima Defesa Putativa*, pags. 26-27-29.

não um êxito efemero. Hoje, a opinião dominante, inclusive entre os autores alemães, é a de que o dolo abrange a consciencia da injuricidade.

Integrado nessa corrente de opinião, MEZGER estabelece, como mais correto, o criterio segundo o qual o dolo exige “o conhecimento da significação antijuridica da ação”, não se compreendendo, como tal, “o conhecimento da sua punibilidade”, conforme pretendia a dedução de FEURBACH. E isso porque a antijuricidade da ação não é carateristica do *tipo*, mas carateristica do *crime*, mesmo nos casos em que a lei faz depender o tipo legal do crime, da carateristica da ilegalidade ⁽³⁰⁾.

Muitos autores colocam a antijuricidade antes da culpabilidade, por entenderem que esta só se manifesta em relação de simples dependencia com o injusto.

A injuricidade, observa HUNGRIA, “é um pressuposto necessario, uma qualidade inherente à qualquer infração penal; si a lei, n’um caso ou n’outro, faz explicita menção da ilicitude jurídica do fato, não importa isso qualquer diferença substancial entre tais casos e aqueles outros em que tal menção é omitida” ⁽³¹⁾.

(30) MEZGER, *ob. cit.*, pags. 126-127.

(31) NELSON HUNGRIA, *ob. cit.*, pag. 61.

Assim, a injuricidade da ação não pode ser uma característica do tipo penal, pois, em rigor, só pelo fato de representar um ato enquadrado no molde previsto pela lei, não é que uma ação se torna antijurídica, de vez que esta circunstância desaparece nos casos em que se verifique uma causa de exclusão do injusto.

Desta forma, o destaque legal da injuricidade mais supõe uma indicação da necessidade de ser, em tais casos, examinada com especial cuidado a hipótese de existir ou não uma possível exclusão do injusto. Nestas condições, o relevo da injuricidade não passa de uma superfetação do *praeceptum* penal, segundo refere HUNGRIA invocando a lição de ANGIONI.

Pelo visto, parece de se admitir que a injuricidade da ação é sempre parte integrante do tipo penal do crime, destaque ou não a lei essa circunstância como elemento constitutivo da infração por ela definida. Donde, portanto, a conclusão de que a consciência da injuricidade é sempre um elemento do dolo que, assim, se reveste de um inegável sentido ético-jurídico, o que vale dizer, repetindo as palavras de HUNGRIA “que para a identificação de uma ação punível (afora os delitos culposos e os casos de responsabilidade objetiva) não basta a constatação de um *corpus delicti* ou de um evento penalmente típico na sua objetividade:

é preciso também averiguar se o agente previu e quiz o resultado criminoso ou antijurídico como tal”.

E o atual Código Penal Brasileiro não se afastou desse conceito. Antes o consagra, de modo expresso, pois, ao fixar o pressuposto da responsabilidade, isenta de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de *entender o caráter criminoso* do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 22).

Não há mais, é certo, qualquer referencia à *intenção criminoso*, mas, nem por isso, perde o conceito do dolo aquele cunho ético-jurídico de que já se revestia na legislação anterior. A expressa menção que faz a lei vigente ao *entendimento do caráter criminoso do fato* parece não dar azo a dúvidas quanto a essa conclusão. ⁽³²⁾

14 — Pode dizer-se que, em tese, o dolo consiste na vontade de praticar o fato previsto como crime na lei penal.

(32) Contrariamente, anota OSCAR STEVENSON: “Basta a inteligência e a vontade para a caracterização do dolo. No dolo generico entra como essencial a vontade do evento; somente no dolo especifico tem lugar a vontade que se dirige a um particular resultado, escopo, fim, intento (cf. PANNAIN, *Gli Elem. Ess. di*

Bem de ver, contudo, que o alcance social do direito punitivo não se poderia deter nessa conceituação geral do dolo, porque fora do seu âmbito de ação ficariam, conseqüentemente, inúmeras infrações da lei penal que, muito embora originadas da vontade, se apresentassem, quanto ao seu resultado, em desacordo com o que foi querido pelo agente.

No que toca à relação da vontade com o resultado, o dolo assume modalidades diversas, e por vezes complexas, que embora controvertidas em doutrina, forçoso é que se conciliem no direito positivo, de modo a se compadecerem com a realidade dos acontecimentos, sem nunca perturbar, porém, a eficácia da repressão penal.

Aqui, então, cumpre não confundir o dolo com a intenção. Há que distinguir esta daquele, sem o que o interesse social poderia ficar a mercê das mais perigosas formas de delinquência. Por certo que, em face de tão alto interesse, não há de

Accid. del Reato, p. 280). Assim era perante a Consolidação das Leis Penais e assim é perante o novo Código (art. 15, n. I e § un.). Este não admitiu no conceito do dolo a consciência da ilicitude. Seguiu a opinião vencedora na 1.^a Conf. Brasileira de Criminologia, com os votos dos penalistas MADUREIRA DE PINHO, ROBERTO LIRA, NARCELIO DE QUEIROZ entre outros, contra a conclusão de NELSON HUNGRIA (*Rev. de Dir. Pen.*, out. a dez. — 1936, ps. 43, 48). (Da Exclusão de Crime, pag. 201, nota 1).

importar que as consequências de um ato não representem o objetivo direto ou o efeito necessario de uma ação delituosa. Há, naturalmente, de bastar a prática do ato punivel, com a consciencia do seu resultado ou da possibilidade desse resultado, embora este não tenha sido o movel ou o fim do ato. Nem por isso deixará de ser prevalente, para a existencia do crime, o elemento moral que lhe é constitutivo, pois que, como pressuposto desse elemento, mais interessa o ato voluntario do agente do que, propriamente, o fim do seu querer. Esse fim, como tambem os moveis da vontade, constitui, não há duvida, material precioso para a fixação da pena, e, em certos casos especiais, requisito da definição legal do crime, mas, nem assim, representa, de modo geral, o fundamento necessario da culpabilidade.

Conforme observa ORTOLAN, “l'intention, c'est-à dire le fait d'avoir dirigé, d'avoir tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit, n'est pas un element indispensable pour l'existence de la culpabilité pénale” (33).

Disso conclui o notavel professor de Paris, que o velho brocardo segundo o qual *não ha crime sem intenção* é falso si se toma a palavra crime no

(33) M. ORTOLAN, *Elements de Droit Penal*, pag. 223.

sentido do Direito Penal, eis que há um grande numero de ações ou omissões puníveis sem que tenham sido cometidas com intenção de prejudicar ou de delinquir.

Se há casos em que, abstraída a intenção desaparece o crime, outros há, e numerosos, nos quais se verifica o contrario, isto é, em que subsiste o crime mesmo sem a intenção. Seriam essas, conforme observa THIRY, as infrações denominadas *simplesmente materiais*, expressão, aliás, por ele classificada de detestavel, porque, em rigor, qualquer delito, intencional ou não, supõe sempre um elemento moral. Convém, por isso, não confundir o elemento intencional, muitas vezes irrelevante, com o elemento moral, sempre necessario (34).

Na hipótese do *dolo eventual* o agente é responsável pelas consequências do seu ato, porque quiz o resultado não como certo, mas como provavel ou possivel. Embora a sua intenção não visasse o resultado produzido, assumiu, contudo, o agente, o risco de produzi-lo.

Chega-se aí ao extremo limite da culpabilidade a título de dolo, aos pontos confinantes entre o dolo e a culpa *stricto sensu*, que é a forma menos grave do elemento subjetivo.

(34) FERNAND THIRY, *Cours de Droit Criminel*, 2.^a ed., n. 61.

15 — Nem sempre será fácil estabelecer, com nitidez, a linha demarcatoria que separa o dolo eventual da culpa em sentido estrito.

Os italianos, como escreve o douto COSTA E SILVA, “consideram todo o previsto como doloso. Os alemães distinguem: se o agente prevê o resultado, mas acredita que ele não se realizará procede culposamente (culpa conciente); se prevendo o aprova ou nele aquiesce, procede dolosamente (dolo eventual). Para eles, a culpa conciente é o limite mais elevado da culpa; e o dolo eventual o mais baixo do dolo. Não há entre uma e outro terreno neutro ou de ninguém” (35).

Ainda na elaboração do Código italiano de 1.930 se havia proposto considerar sempre doloso o crime cometido por culpa com previsão. No seio da comissão ministerial dividiram-se, todavia, as opiniões: MASSARI firmou o ponto de vista de que pode haver culpa com previsão, sem que esta ultima circunstancia importe na transformação da culpa em dolo, ao que se opoz MARCIANO sustentando que prever o efeito e dele não se abster equivale a querê-lo.

Venceu, afinal, a opinião de MASSARI, conforme se infere do Relatorio de Rocco, que também não aceita a teoria de que a culpa com previ-

(35) Dr. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 148.

são deva sempre se transformar em dolo, pois que este exige, além da previsão, a vontade de um resultado.

Assim, se no crime culposos, o resultado não querido, foi, não obstante, previsto pelo agente, que, por qualquer razão, excluiu a possibilidade de sua ocorrência, isso poderá constituir uma circunstância agravante, mas não altera a relação de causalidade psíquica. O que caracteriza a culpa não é a previsão nem a falta de previsão, mas a negligência, a imprudência, a imperícia que atuaram como causa de um efeito não querido, embora previsível.

Em sua conhecida obra — *A Culpa no Direito Penal* — expõe RAUL MACHADO que a não previsão do efeito sinistro é da essência da culpa, e, assim esta “só pode existir, quando o agente tenha operado sem aquela previsão; no caso contrário, haverá *dolo*, não *culpa*”.

“Ao agente se apresenta a possibilidade de verificação do evento lesivo; si ele a exclue, há *culpa*, por que excluir a possibilidade de ocorrência do evento, vale pela não previsão do mesmo; se não a exclue, há *dolo*.”

Para CARRARA toda a essência da culpa consiste na *possibilidade de prever*, mas acentua que essa possibilidade de prever é coisa bem distinta da *previsão*. Pode-se não prever, de todo, uma con-

sequencia que, a seguir, se realiza, como se pode prevê-la *como possível*, porém esperar que ela não se realizará. Em ambas as hipóteses haverá sempre culpa, a menos que, quanto à segunda delas, se tivesse em vista prejudicar, caso em que a consequencia seria dolosa. Daí conclui que é a mesma coisa não prever um certo resultado ou prever que ele não se realizará ⁽³⁶⁾.

E' também a teoria dominante no direito alemão e consagrada pela jurisprudencia do "Reichsgericht", conforme sentença nos seguintes termos: "a culpa pressupõe que o agente não observou o cuidado que, segundo as circunstâncias e seus conhecimentos e capacidade pessoais devia e podia observar, em consequencia do que ou não previu o resultado que havia podido prever se applicasse o cuidado que o seu dever impunha — *culpa inconciente* — ou, em verdade, tendo considerado como possível a produção do resultado, confiou, contudo, em que não se produziria — *culpa conciente* —" ⁽³⁷⁾.

Combinam-se aí, para a fixação da culpa, os dois criterios: objetivo ou generico, e subjetivo ou individualistico, com o que se resolve a velha controversia sobre a questão de saber se a culpa é um defeito da *vontade* ou um defeito da *inteligencia*.

(36) CARRARA, *ob. cit.*, § 83.

(37) MEZGER, *ob. cit.*, § 46.

Como bem expõe VON LISZT, “a medida do cuidado determina-se segundo a natureza objetiva da ação empreendida, e não segundo o carater particular do agente. A não aplicação da atenção, o não preenchimento do dever apresenta-se como *falta da vontade*”.

Quanto à falta de previsão, isto é, quanto a ser “possível ao agente prever o resultado como efeito do movimento corporeo, ainda que sómente nos seus contornos gerais”, cumpre “tomar por base as faculdades mentais, a maior ou menor penetração do agente”. A medida é aqui subjetiva, especial, diz ele. E acrescenta: “o que está em causa é a capacidade mental do individuo. Se ela é afirmada, a falta de previsão apresenta-se como *falta da intelligencia*” (38).

16 — Assim, da combinação cumulativa do criterio objetivo com o criterio subjetivo, tira-se a melhor solução para a fixação da culpa que, desta maneira, não há de ser apreciada através da graduação abstrata oriunda do Direito Romano, na tripartição civilistica: *lata, leve e levissima*.

Esse é um criterio que, como assinala EUSEBIO GOMEZ, já não subsiste na doutrina do Direito Penal e tende a desaparecer completamente da

(38) VON LISZT, *ob. cit.*, § 41.

legislação positiva, pois que a maior ou menor gravidade da culpa não pode ser decidida *a priori*, e sua apreciação deve ficar livre ao arbitrio judicial ⁽³⁹⁾.

Vale isso dizer que a gradação da culpa só deve ser feita em face do caso concreto. E o nosso Código Penal menciona o *grau da culpa* como um dos elementos a ser apreciado para a aplicação da pena (art. 42). Mas não distingue entre culpa *conciente* e culpa *inconciente*, pela razão apresentada na Exposição de Motivos: “tanto vale não ter consciencia da anormalidade da própria conduta, quanto estar conciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobreviverá”.

Fica, assim, conferida ao juiz uma grande dose de arbitrio para a fixação da quantidade da pena, em função do *grau da culpa*.

Qual, porém, deverá ser o criterio para a apreciação da maior ou menor gravidade da culpa, já que a graduação romana, por abstrata e apriorística, vai perdendo terreno no Direito Penal?

Parece que esse criterio deve assentar na maior ou menor possibilidade de prever o resultado, circunstância que deve ser examinada

(39) EUSEBIO GOMEZ, *ob. cit.*, vol. I, n. 209.

em cada caso concreto, mediante a combinação cumulativa do critério objetivo com o critério subjetivo.

Conforme a maior ou menor verosimilhança do resultado aparecido, conclui-se uma maior ou menor responsabilidade de prevê-lo, escreve TOBIAS BARRETO, que assim arremata: “nos casos em que esse resultado foi previsto como possível, e não obstante praticou-se a ação que o produziu, é a culpa no seu mais alto grau, a culpa que os romanos designavam por *petulancia*, *lascivia*, *culpa dolo proxima*; no caso, porém, em que aquéla possibilidade não entra na reflexão do agente, é a culpa em menor escala, a *imprudencia*, a *impericia*, o *desleixo*, etc., etc.” (40).

Só, pois, a apreciação do caso concreto é que pode revelar a maior ou menor gravidade da culpa para o efeito da aplicação da pena.

Assim expostas, em breve resumo, as formas do elemento subjetivo do crime, passaremos a examinar a culpabilidade no Direito Penal positivo.

(40) TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito*, vol. I, n. XVI.

CAPÍTULO III

SUMARIO: O sentido de transação ou de conciliação do Direito Penal positivo. Teoria das *actiones liberae in causa* em face do critério da responsabilidade moral. A culpabilidade como propriedade da ação concreta. Culpabilidade e periculosidade. Primado do princípio "*nulla poena sine culpa*".

17 — Conforme observa NELSON HUNGRIA, "redunda num contrasenso falar-se num direito penal alheiado às leis penais vigentes ou vagando fora delas".

A ciencia penal, acrescenta o insigne mestre, "parte de premissas certas, que são as normas jurídicas, para chegar, logicamente, a conclusões certas" (41).

Vale isso afirmar o carater estritamente jurídico do Direito Penal. E' indispensavel, diz EUSEBIO GOMEZ, que existam as normas que o constituem, porque essas normas, limitando a ação do Estado para manter o equilibrio entre os direitos da sociedade e os direitos do individuo, serão o dique oposto à arbitrariedade.

(41) NELSON HUNGRIA, *Questões Juridico-Penais*, pag. 57.

Isso, bem de ver, não importa em repudiar o duplo aspecto com que se deve estabelecer a definição do Direito Penal: o aspecto teórico, doutrinário ou científico e o aspecto positivo ou legal.

Sob o primeiro aspecto, isto é, sob o ponto de vista teórico, doutrinário ou científico, “direito criminal ou penal é o conjunto ou complexo de princípios científicos, sistematicamente organizados, que devem regular ou disciplinar o exercício do direito de punir por parte do Estado”. Sob o segundo aspecto, ou seja, sob o ponto de vista positivo ou legal, “direito criminal ou penal é o conjunto ou complexo de normas reguladoras do exercício do direito de punir por parte do Estado e promulgadas segundo as formas constitucionais de cada Estado” (42).

Desta forma, para que as duas definições se harmonizem na finalidade do Direito Penal, que outra não é senão a defesa social, lógico é que as normas integrativas do Direito Penal positivo coincidam ou devam coincidir com aquelas estabelecidas na ciência penal.

Assim, pode dizer-se, com segurança, que na definição do Direito Penal devem estar compreendidas as regras jurídicas e as doutrinas fundamen-

(42) PAULO DOMINGUES VIANA, *Direito Criminal*, segundo as lições professadas pelo Dr. Lima Drumond, pag. 4, 4.^a edição.

tais em que aquelas se inspiram. porque sem doutrina não há direito penal ⁽⁴³⁾.

Não perde aqui sua oportunidade a lição de CHAUVEAU — HELIE, estabelecendo, como ponto de partida ao estudo do jurisconsulto, o dever de buscar e de fixar o principio que presidiu à redacção da lei penal, o sistema dentro do qual foi ela concebida, o que, de resto, constitui regra elementar de hermeneutica.

Mas, nem por isso, deixam de se apresentar, a cada passo, dificuldades as mais sérias, porque, em rigor, dentro da sua utilidade prática, uma codificação penal não pode ser apenas e exclusivamente o reflexo servil de um determinado sistema de teorias, senão o resultado de uma transacção entre muitas delas.

E' o que se dá com a mór parte dos códigos penais modernos, inclusive o nosso, do qual a propria Exposição de Motivos faz praça que “não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretrataveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinarias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma politica extremada em materia penal, inclina-se para uma politica de transacção ou de conciliação. Nele, os

(43) JUAN P. RAMOS, *apud* EUSEBIO GOMEZ, *ob. cit.*, vol. I, n. 26.

postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”.

Necessário, pois, seguir nesse rumo, para bem interpretar e aplicar com exatidão a norma penal, sem prejuízo do sentido e da extensão com que a consagra o direito positivo.

18 — Já vimos que, no tocante à responsabilidade, o nosso Código adota o critério clássico da *responsabilidade moral*, “que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”, o que, todavia, não significa a subordinação incondicional e dogmática da responsabilidade penal “à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida da sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*”.

Para os que se acastelassem nos princípios clássicos que faziam do crime obra exclusiva da *vontade livre*, tomando o *livre arbitrio* como fundamento da responsabilidade moral, a combinação entre essa responsabilidade e a *actio libera in causa sive ad libertatem relata* não poderia merecer boa graça perante a lógica. A vontade *coacta* no momento de praticar o crime estaria gritando pela impunidade, porque, aí, já não teria o agente

a liberdade de escolher entre o bem e o mal. Seria um simples autômato, incapaz de abandonar conscientemente os atos preparatorios, e, pois, de arrepende-se, dada, nesse momento, a sua absoluta falta de discernimento.

PESSINA, para quem *“l'imputazione sendo il giudicio con cui si riconosce un atto come voluto nel momento dell'azione”*, tinha como *“opera impossibile atteso la contradizione nei termini”*, imputar à vontade *“quelle cose che accaderò, quando la volontà non era rischiarata dall'intelligenza”*. O professor de Napoles apenas concedia, nos casos de embriaguez completa e voluntaria, ou consequente de um vicio habitual, que o evento fosse punido como *culposo*.

Mas o Direito Penal positivo, que vive mais de realidades do que de abstrações, não se poderia deter ante o preconceito de um rigorismo teórico. Posto que adotando o criterio da responsabilidade moral, que pressupõe a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade contemporâneas à ação ou omissão, seria imperdoável descurar, por simples amor à teoria, de todas aquellas modalidades por que se pode manifestar a vontade, sem que nisso vá a idéia de negar a necessidade de uma sistematização lógica, à falta da qual o direito positivo seria uma congérie de ilogismos, destinado, pelo

pecado original da confusão, a um fim tumultuario e babélico.

Cumpre, pois, conciliar, dentro dessa sistematização, o principio da responsabilidade moral com a punição da *actio libera in causa*, de modo a formar um todo homogêneo, tanto mais que, em doutrina, já houve quem visse na punibilidade das *actiones liberae in causa* uma providencia de pura politica criminal, baseada unicamente no criterio da *responsabilidade objetiva*, odiosa exceção aos principios gerais da teoria da culpabilidade.

Assim, porque inspirada, tradicionalmente, no criterio de que não há pena sem culpa, suscitaram-se, perante a nossa antiga legislação penal, algumas dúvidas sobre a applicação da teoria que dispensa a coexistencia do dolo com a ação ou omissão.

Como observa GALDINO SIQUEIRA, o próprio autor do Código de 1.890 declarou, explicitamente, ser imprescindivel a concomitância do dolo e da ação para firmar a culpabilidade do agente, e “daí porque tomando por fonte o codigo bávaro, para redigir o § 4.º do artigo 27, excluiu a clausula ali contida, referente à causa da perturbação, isto é, de ser *imputavel ao agente*, para evitar o gravissimo erro, diz o autor do Código, de se considerar passivel de pena, e, portanto, capaz de dolo contemporaneo da consumação, o individuo, v. g.

que procurasse a embriaguez como meio de encorajá-lo ao crime, ou que se prestasse a ser hipnotizado para servir de instrumento ao crime de outrem” (44).

Com a supressão de palavras contidas no artigo 121 § 9 do Código da Baviera, o intuito evidente do legislador brasileiro, diz LIMA DRUMOND, “foi exigir, para que se caracterizasse devidamente a imputabilidade criminal, que o dolo fosse contemporaneo da execução do crime. Deste modo, si se puder demonstrar que no momento da execução do crime o agente se achava em uma perturbação completa da intelligencia e dos sentidos, ocasionada pela embriaguez, embora procurada anteriormente para a prática do crime, isto é, preordenada ao crime, não será ele responsavel criminalmente, porque terá em seu favor uma causa dirimente da imputabilidade prevista no Cod. Pen. art. 27 § 4.º”. (45).

Em sentido contrário opinou COSTA E SILVA, dizendo: “Se o legislador não incluiu no texto do paragrafo 4.º uma palavra ou uma frase correspondente ao adjetivo “*universchulderen*” (sem culpa), do artigo 121 do código bávaro, daí não se pode inferir, com rigor lógico, que a sua in-

(44) GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, n. 185.

(45) LIMA DRUMOND-VIANA, *ob. cit.*, pag. 131.

tenção haja sido reconhecer a não imputabilidade das *actiones liberae in causa*. A condição expressa por aquela palavra podia ter sido reputada superflua. O argumento deduzido das expressões “no ato de cometer o crime” carece de valor. O código alemão emprega a frase ao tempo da prática do fato” que é equipolente da nossa, e nela a doutrina dominante não tem visto um obstáculo que a obrigue a recuo. Decisivo é o momento em que a vontade se põe em ação. Isto se dá, quando o delinquente, tendo resolvido o crime, se coloca em situação de inimputabilidade, deixando o resto ao casualismo da natureza. O projeto checoslovaco, por exemplo, usa também de frase idêntica “ao tempo do fato”; e, apesar disso, como se vê na Exposição de Motivos (§ 21), ele reconhece a imputabilidade das *actiones liberae in causa*. Quanto à interpretação do Dr. BAPTISTA PEREIRA, só figuradamente se pode qualifica-la como autêntica” (46).

A tais argumentos, de si convincentes, poder-se-ia acrescentar a disposição do § 10 do artigo 42, que só reconhecia, para atenuar a pena, a *embriaguez não procurada como meio de animar à perpetração do crime*, donde força é concluir que, se preordenada ao crime, não poderia constituir, legitimamente, uma causa de irresponsabilidade.

(46) A. J. DA COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 127.

E tal como se dava com a embriaguez, qualquer outra *situação de inimputabilidade* em que se collocasse o agente, após haver resolvido a prática do crime, não poderia, sem duvida, socorrer a impunidade.

Hoje, porém, o assunto não comporta contraversias, nem há como encerrá-lo, conforme acentua o professor BASILEU GARCIA, “no terreno exiguo da imputabilidade concomitante ao ato”. Ele há de ser resolvido com o concurso dos princípios da causalidade material e psíquica” (47).

Aliás, como refere NARCELIO DE QUEIROZ, não seria nunca possível concluir-se pela punição da *actio libera in causa*, dentro de um rigoroso critério técnico-jurídico, se a entendessemos apenas incluída na teoria da imputabilidade.

O conceito de *fato doloso*, acrescenta esse autor, “não requer a permanência do dolo durante toda a fase executiva do delito, comtanto que esse fato se origine de uma atividade conciente e intencional e seja o desdobramento e o resultado dela. Na *actio libera in causa* dolosa preside o dolo apenas um momento da atividade executiva, justamente aquele momento inicial que põe em movimento a cadeia causal produtora do evento.

(47) BASILEU GARCIA, *Causalidade Material e Psíquica*, conferência pronunciada na Faculdade de Direito de São Paulo, 1941.

A questão só pode ser apreciada aqui, em face dos princípios da causalidade voluntaria, e para o reconhecimento da sua existencia não é necessaria a permanencia da vontade originaria durante todo o processo de execução do crime”.

“Pouco importa que a relação de causalidade existente entre a atividade voluntaria e o resultado punível seja immediata ou mediata. Si a ação ou omissão voluntaria produz uma causa inconciente ou coacta, *necessitada*, a qual, diretamente, produza o evento, nem por isso o nexu causal tem menor importancia” (48).

Realmente, utilizando-se de si mesmo como instrumento, o agente cria uma *conditio sine qua non do resultado*. Estabelece a causa decisiva que há de impelir sua *conduta corporal*. Constitui-se, por esse modo, em causa moral e causa material do evento, de vez que agiu em plena conciencia ao providenciar essa dupla relação de causalidade, que consubstancia em si mesma a *força psíquica* e a *força fisica* do delicto.

O agente torna-se, portanto, um mandatário de sua conciencia anterior, do dolo que nela se formou (49).

(48) NARCELIO DE QUEIROZ, Teoria da *Actio Libera in Causa*, pags. 81/89.

(49) VOLLGRAFF, *Vermischte Abhandlugen*, I, 237, apud COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 195.

Basta que a ação criminosa tenha sido livre na sua causa, para que se estabeleça o nexo de causalidade subjetiva entre essa ação e o resultado visado pelo agente, quando ainda em estado de capacidade.

Assim encarada a teoria das *actiones liberae in causa*, desnecessario seria que o Código dispuzesse, expressamente, sobre a punição das mesmas, no que seguiu criterio diverso do Código italiano, que no capítulo relativo à imputabilidade, depois de estabelecer que ninguem pode ser punido por um ato previsto pela lei como crime, si, no momento em que o praticou não era imputavel, considerando como imputavel quem tem a capacidade de entender e de querer, esclarece, a seguir, que essa disposição não se aplica a quem se poz em estado de incapacidade de entender ou de querer, para o fim de praticar o crime ou de preparar uma excusa.

O legislador brasileiro, adotando criterio diverso, e, ao que parece, mais acertado, preferiu não dar uma definição positiva da imputabilidade, para apenas estabelecer aqueles estados que, de modo excepcional, a manifestam como impossivel.

Tratando-se, porém, de embriaguez pelo alcool ou substancia de efeitos análogos, há disposição expressa no sentido de estabelecer que ela

não exclui a responsabilidade penal, si voluntaria ou culposa (art. 24, II).

Ao que parece, não se trata aí de uma aplicação da *actio libera in causa*, no sentido em que a vimos apreciando. O só fato da embriaguez, embora voluntaria ou culposa, não é de molde a indicar que o agente tivesse em vista praticar um crime. Nesse caso, talvez se pudesse, mais corretamente, falar numa *actio libera culposa*. Quando, porém, se tratar de embriaguez *preordenada* (propositadamente procurada para cometer o crime), caso típico da *actio libera in causa*, o agente responderá, a título de dolo, com pena agravada. (art. cit. combinado com o artigo 44, II, letra c).

No que toca aos crimes culposos, também não há necessidade de que a *culpa* (sensu stricto) do agente seja concomitante com a ação ou permanença em todo o momento do processo produtivo do delito. E' bastante que lhe tenha dado causa, mediata ou imediatamente.

19 — Bem de ver, porém, que só o caso concreto, pelas suas circunstâncias, é que poderá fornecer um juízo seguro sobre o nexo de causalidade subjetiva. De resto, a culpabilidade, como consequencia da verificação desse nexo causal, é, principalmente, segundo refere MEZGER, uma propriedade da ação concreta.

Em face do ato e da culpabilidade que ele revela é que o juiz deve proferir a sua decisão, o que, contudo, não importa na completa rejeição da teoria que conceitua a noção de culpabilidade no “estado total do autor”, ou no “carater do agente”.

Todas as tentativas no sentido de referir, por maneira *imediata*, a idéia de culpabilidade ao carater e à personalidade do autor, acrescenta MEZGER, são incompatíveis com o direito vigente ⁽⁵⁰⁾. Porém, têm elas o merito de haver assinalado, de modo expresso e com êxito favorável, a referencia *mediata* da idéia de culpabilidade ao carater e à personalidade do agente, referencia que também existe no Direito Penal positivo.

Igualmente quanto à denominada *teoria do motivo*, há de prevalecer o ato concreto como ponto de partida para a determinação do conteúdo essencial da culpabilidade.

De modo geral, perante o Direito Penal positivo, pode dizer-se que a referencia ao *carater* ou aos *motivos do autor* mais se relaciona com a medida da pena do que, propriamente, com a determinação da culpabilidade.

Ao aplicar a pena, segundo a letra do nosso Código, o juiz deve atender, entre outros fatores, à *personalidade do agente* e aos *motivos do crime*.

(50) MEZGER referia-se ao Direito Penal alemão.

Assim, o *carater* revelado através o exame da personalidade do agente não chega, em verdade, a determinar a culpabilidade, como também não a determinam os *motivos do autor*. Estes *motivos*, como o *carater*, variam de caso a caso e de individuo a individuo, sem, todavia, afetar o elemento subjetivo do crime, senão tão sòmente quanto ao seu grau ou intensidade, vale dizer, quanto à verificação da *periculosidade* do agente, para o fim da medida da pena.

Antes, porém, de se apreciar a periculosidade, há de se estabelecer a *culpa*, tomando-se aqui esta palavra no sentido do direito punitivo, isto é, segundo a definição de KOHLRAUCH, “aquela relação subjetiva em que um individuo capaz de imputação se deve ter achado com o fato que praticou para por ele ser criminalmente responsavel” ⁽⁵¹⁾.

20 — Firma-se, assim, o primado do principio de que *não ha pena sem culpa*, postulado que constitui “uma parte integrante da conciencia juridica moderna” e que, “para a interpretação do direito positivo, é um *principio reitor* nos casos de dúvida, constituindo, para o Direito Penal do futuro, um *principio meta*, cuja realização prática,

(51) Irrthum un Schuldbegriff, I, *apud* COSTA E SILVA, *ob. cit.* página 138.

sem exceções, exige de modo imperioso a concien-
cia cultural de nossos dias” (52).

A responsabilidade objetiva, “baldão igno-
minioso de nossa epoca”, como disse LOFFLER, re-
ferindo-se ao Código prussiano de 1.871, é, na
feliz expressão de BELING, “um vestigio de in-
cultura” (ein Stuck von Unkultur).

Opondo sua critica aos antigos projetos de
reforma do nosso Código de 1.890, o douto COSTA
E SILVA lamentava que todos eles se mostrassem
cegamente alheios ao progresso que se vinha ope-
rando em outras legislações, e acrescentava: “Ne-
les se nos depara o mesmo defeito do código vi-
gente: os resultados que qualificam as lesões cor-
porais de graves, independem de culpabilidade do
agente. O artigo 202 do projeto SÁ PEREIRA
assim dispõe: “Aquele que causou a morte, que não
queria, nem podia prever como consequencia dos
seus atos, tendentes apenas a produzir lesão cor-
poral, descontar-se-á por um terço a pena do ho-
micidio”. E’ a responsabilidade pelo caso for-
tuito em sua maior nudez e repugnancia” (53).
Identica seria, mais tarde, a sua critica ao ante-
projeto ALCANTARA MACHADO, relativamente à
definição do crime preterintencional, que ali era
consignado como sendo aquele em que o evento

(52) MEZGER, *ob. cit.*, § 34, I.

(53) A. J. COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 145, not. 1.

previsto e querido pelo agente é menos grave do que o produzido.

E já em face do novo Código, o insigne NELSON HUNGRIA, com a autoridade de uma interpretação autentica, assim se manifestava em artigo no “Jornal do Comercio”: “cedendo à impugnação doutrinaria, os códigos e projetos de códigos, na atualidade, entenderam de ressaltar expressamente o principio de que *não ha pena sem culpa* (“nulla poena sine culpa”, “pas de peine sans culpabilité”, “keine Strafe ohne Schuld”). Assim, os Códigos noruegues (1.902), dinamarques (1.930), polones (1.932) e suíço (1.938). Se tivesse ficado fiel ao “qui in re illicita versatur, etiam pro casu tenetur”, o nosso Código não seria um código do seu tempo”.

Com efeito, do que deflui da letra expressa do Código, a base da causalidade moral é o dolo e a culpa *sensu stricto*. Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu* nenhuma pena será irrogada, acentua a Exposição de Motivos. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa.

Mais ainda fortalece esse sentido, o dispositivo em que se lê: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (§ unico, art. 15).

Entende JORGE SEVERIANO que a expressão “salvo os casos expressos em lei” é inútil, porque, diz ele, “onde ha lei expressa, tudo se dispensa, até a interpretação” (54). Sem embargo de tão ilustre opinião, quêr parecer que a expressão usada pelo legislador era indispensavel para a clareza do texto e sua exata interpretação, mesmo porque, para saber si a lei é clara, forçoso se torna interpretá-la.

E dentro do sistema do Código, o texto, tal como está redigido, implica em estabelecer que sòmente haverá crime culposos nos casos expressos. A lei expressamente prevê o fato, diz o professor NOÉ AZEVEDO, “e determina a sua punição a título de culpa. Se não houver texto expresso de lei mandando punir o fato a título de culpa e não houver dolo, dolo de dano ou dolo de perigo, o fato não pode ser considerado como criminoso” (55).

Assim, no Código vigente, a culpabilidade pressupõe, necessariamente, o dolo e a culpa *stricto sensu*, sem o que não poderá haver imposição de pena.

(54) JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, pag. 220, vol. 1.

(55) NOÉ AZEVEDO, *Conferencia realizada na Faculdade de Direito de São Paulo*, 1941.

Porém, isso assentado, cumpre conciliar, em abono da sistemática do Código, o principio do *nulla poena sine culpa* com certos tipos criminais estabelecidos na Parte Especial, onde, por vezes, parece haver casos típicos de responsabilidade objetiva.

CAPÍTULO IV

SUMARIO: Preterintencionalidade. Formas da culpabilidade no Código Penal Brasileiro. Nullum crimen est in casu. Misto de dolo e culpa. Crimes qualificados pelo resultado. Lesão corporal seguida de morte. O resultado maior como circunstância agravante do crime-base.

21 — Ao definir os *crimes contra a pessoa*, no capítulo das *lesões corporais*, o Código estabelece diversas modalidades qualificadas pelo resultado. A forma mais grave é a prevista no § 3.º do artigo 129: “se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quiz o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”.

Evidentemente, o elemento subjetivo dessa infração não é o *dolo*, pois que, pela definição do artigo 15, I, o crime só é doloso “quando o agente quiz o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Não será, tão pouco, a culpa *stricto sensu*, porque só nos casos expressos é que haverá punição a esse título. A lesão corporal e o homicídio culposos são, assim, previstos em dispositivos especiais.

Estaremos, então, em face de um caso de responsabilidade objetiva? Mas essa conclusão

não se compadeceria com o sistema fundamental do Código, nem com a própria tradição da nossa civilização jurídica, a cujo grau de cultura repugna desconhecer o direito do acusado à presunção de inocência. E a exigência da *responsabilidade pela culpabilidade* representa já uma conquista vitoriosa.

Não, há, pois, como admitir o medievalismo de uma presunção de culpa, o que, além do mais, viria quebrar a lógica do sistema da nossa lei repressiva. Impõe-se, portanto, fixar um nexo de causalidade subjetiva entre a ação do agente e o resultado verificado, sem o que o preceito legal não poderá ter aplicação consentânea com os princípios basilares que informam a legislação penal do nosso tempo.

Os professores NOÉ AZEVEDO e BASILEU GARCIA, procurando dar uma *solução científica*, viram, na hipótese, uma outra forma do elemento subjetivo: a *preterintenção*. Para eles, configurou-se, no preceito do artigo 129, § 3.º, o *homicídio preterintencional*, a exemplo do que fez o Código italiano, em cujo artigo 584 se lê: “quem quer que, com atos tendentes a praticar um dos delitos previstos pelos artigos 581 e 582 (espancamento e lesões corporais) ocasione a morte de alguém, será punido com a reclusão por dez a dezoito anos”.

E', tipicamente, uma forma de delito preterintencional, ou alem da intenção, conceituado, genericamente, no livro Primeiro do Código Rocco, como sendo aquele que se dá, "quando da ação ou omissão decorre um acontecimento, danoso ou perigoso, mais grave do que aquele querido pelo agente".

O Código argentino prevê também o homicidio preterintencional ao se referir *al que, com el proposito de causar um daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de una persona, cuando el medio empleado no debia razonablemente ocasionar la muerte.*

No seu comentario a esse dispositivo, EUSEBIO GOMEZ observa que não deve ser confundida a preterintencionalidade com o dolo eventual. Neste, o efeito mais grave é querido, ao passo que a preterintencionalidade exclui, em absoluto, a idéia de que o resultado mais grave tenha sido querido.

O homicidio preterintencional, segundo nossa lei, diz ele, requer, de um lado, o propósito de causar dano ao corpo ou à saúde; e, por outro lado, a morte de alguém, quando o meio empregado não devia, razoavelmente, produzir o efeito letal. Esta ultima exigencia implica na aceitação da teoria em virtude da qual, para que haja delito preterintencional, é de mistér que o resultado excedente da intenção *não seja previsível.*

Se o meio empregado para causar uma lesão não devia, razoavelmente, produzir a morte, é indiscutível que este resultado não era previsível. Nem por isso o homicídio deixa de ser doloso, posto que a ação correspondeu à intenção de causar um dano ⁽⁵⁶⁾.

Mas, admitir o criterio de um resultado não previsível, seria o mesmo que acolher a responsabilidade sem culpa. Então, a preterintencionalidade, como bem escreveu COSTA E SILVA na critica que formulou ao artigo 9, n. II, do projeto ALCANTARA MACHADO, não seria mais do que “a forma italiana do antigo e desacreditado dolo indireto”.

E o Direito Penal moderno, como já se tem tantas vezes acentuado, não se conforma com os antiquados principios do *versari in re illicita*, do *dolus indirectus* e da *culpa dolo determinata*.

22 — Quanto ao nosso Código, nitidamente inspirado na regra *nulla poena sine culpa*, terá, forçosamente, que desconhecer a forma preterintencional como dolosa, segundo o criterio carraiano sustentado por EUSEBIO GOMEZ. As únicas formas do elemento subjetivo que ele deliberadamente reconhece são o dolo e a culpa *stricto*

(56) EUSEBIO GOMEZ, *ob. cit.*, n. 201, I.

sensu. Não fez da *preterintenção* uma forma autônoma da culpabilidade. Desconhece, portanto, a existencia do *dolo preterintencional*.

Isto posto, como interpretar a disposição do artigo 129, § 3.º? Configurar-se-á aí, segundo o conceito de PESSINA, um caso de *colpa mista a dolo*? Ou consoante o dizer de PUGLIA, definindo a *preterintenzionalità*, “uno stato psicologico misto de dolo e colpa”?

Filiando à antiga doutrina e aos códigos sardo e toscano a distinção entre *dolo puro* e *misto a colpa*, MANZINI, como aliás grande numero de autores italianos, se insurge contra esta fórmula, por entender *qui di colpa non si tratta*, pois que a conduta causal, em tal caso, “*non é semplicemente contraria, in modo generico o specifico, alla polizia o alla disciplina; ma é specificamente contraria al diritto penale, e consiste nella violazione dolosa d'un precetto penale, costituente delitto. La condotta causale non dipende da imprudenza, negligenza, imperizia ou inosservanza di discipline, ecc.: essa proviene da volontà dolosa diretta ad un effetto contrario al diritto penale, anchorché meno grave di quello realmente cagionato*” (57).

E ante o conceito de culpa *s. s.* estabelecido em nosso Código, não parece que o criterio tradicionalista da preterintencionalidade — dolo no

(57) V. MANZINI, *ob. cit.*, n. 254.

antecedente e culpa no subsequente — sirva para a solução do caso, não obstante a autorizada opinião de NELSON HUNGRIA, para quem a hipótese do § 3.º do artigo 129 é a de um crime complexo, *in partibus* doloso e *in partibus* culposo. A diferença, diz ele, que existe entre tal hipótese e o homicídio culposo está apenas em que neste, o evento “morte” resulta de um fato penalmente indiferente, ou, quando muito, *contravencional*, enquanto, naquele, o resultado letal deriva de um *crime* voluntario contra a pessoa, ou seja, de uma lesão corporal dolosa. E a razão da maior punibilidade da *lesão corporal seguida de morte*, em cotejo com o homicídio culposo, está precisamente no *quid pluris* representado pela criminalidade da causa de que resulta o evento “morte”. Não há, aqui, uma solução de ordem política, mas também de incontestável justiça” (58).

Assim, para determinar a *culpa no subsequente*, não haveria como deixar de concorrer, ou a previsão do resultado letal, muito embora o agente *esperasse* que tal resultado não ocorresse ou *repelisse* a possibilidade do seu advento, ou, pelo menos, a possibilidade de previsão do resultado não previsto. No primeiro caso, haveria a

(58) NELSON HUNGRIA, *Comentarios ao Código Penal*, vol. V, pags. 321/322.

culpa conciente, e no segundo culpa inconciente, mas sempre culpa *sensu stricto*. Esta, porém, se limita, segundo a conceitua o Código, aos casos em que o agente dê causa ao evento, por *imprudencia, negligencia* ou *impericia*.

Seria, pois, de difficil concepção, que, tendo o agente procedido dolosamente viesse, com a mesma ação, a dar causa ao evento “morte” por imprudencia. Parece que a lei, em tal hipótese, desconhece essa combinação das duas formas da culpabilidade. Nem em mente nos é dado associar o *ato doloso inicial* com aquele que seria a *causa culposa* do último resultado. Segundo a objeção de FLORIAN, dois momentos psicológicos não podem obrar contemporaneamente. Isso, bem de ver, não importa afirmar que o *dolo* e a *culpa sensu stricto* constituam uma *contradictio in adjecto*, mas a sua apreciação conjunta só se mostra viavel em face dos atos *materiais da execução*, pela occorrença de *acidente* ou *erro na execução do crime* e consequente verificação de um resultado *diverso do pretendido*. Nessa hipótese, salvo os casos do artigo 53, o agente responde por *culpa*, “se o fato é previsto como crime culposo”. E se ocorre também o resultado *pretendido*, dar-se-á um “curso formal” (art. 54).

Em regra, os que sustentam o carater culposo do evento subsequente, como FINZI, MAG-

GIORE, VANNINI, *apud* COSTA E SILVA, defendem a tese de que esse resultado “provém de uma violação da lei ou dos regulamentos”.

A culpa seria, assim, *in re ipsa*. Nem haveria, por isso, como cogitar da previsibilidade do evento. E’ como diz PELLEGRINI: *nel reato “ultra finem” le conseguenze non volute sono imputabili come colpa, e non può ammettersi alcuna indagine sulla loro prevedibilità, giacché, costituendo il fatto iniziale una volontaria infrazione della legge penale, questa, per disposizione della legge stessa, tien luogo appunto della imprudenza o negligenza necessarie a costituire la colpa punibile* (59).

Mas, se, em doutrina, tal argumento sofreu formal contradita dos que se empenham em banir do dominio da culpa a regra do *versari in re illicita*, não há, absolutamente, como aceitá-lo em face do nosso direito escrito que, na definição da culpa, aboliu inteiramente o *dogmatismo da inobservancia de alguma disposição regulamentar*, por entender, com a melhor opinião, *que nem sempre é culposo o evento subsequente*.

Naturalmente, por compreender, em casos tais, a dificuldade prática na determinação do concurso simultâneo do dolo e culpa, NELSON HUNGRIA concede que se possa admitir, na espe-

(59) BENEDETTO PELLEGRINI, *La Lesione Personale*, n. 109 (Turim, 1912).

cie, como em geral nos crimes qualificados pelo resultado, que a culpa, em relação a este, é presumida *juris tantum*, apenas uma *suspicio culpae* que importaria na inversão do *onus probandi*. Ao Ministerio Público não caberia a prova da culpa quanto ao evento mais grave, porém, demonstrado, pelo acusado, o carater fortuito desse evento, sómente lhe poderia ser imputado o antecedente doloso. Seria esse um criterio de solução prática que, como adverte o ilustre escritor, não é de confundir-se com o conceito ontológico de uma entidade criminal.

Contudo, seria preferível não se fazer tal inversão quanto ao onus da prova, nem admitir, por qualquer forma, uma presunção de culpa, como criterio melhor condizente com o principio orientador da nossa legislação penal.

De resto, o Código evitou falar em *homicidio preterintencional*, como também omitiu, deliberadamente, uma *norma geral* sobre a *preterintencionalidade*, muito embora previsse todos os casos tradicionais de *crime preterintencional*, o que leva o intérprete a admitir que o conceito da *preterintenção*, sob qualquer das teorias a respeito, não é a melhor orientação para a intelligencia do texto.

23 — No seu recentissimo livro (Delito de Homicidio), PEDRO VERGARA entende que, pelo

preceito do artigo 129 § 3.º, *imputa-se ao agente o resultado fortuito*, pela aplicação do brocardo *qui versatur*, por motivos de política criminal que orientaram o nosso legislador. Sustenta que no referido dispositivo não está compreendido o dolo (dolo de intenção e dolo eventual), nem a culpa em qualquer das suas modalidades: imprudencia, negligencia, impericia.

“Será, assim, um caso de preterintencionalidade, como derrogação expressa do dolo e da culpa, cuja explicação deve ser procurada em razões de Política Criminal, a exemplo do que fez IMPALOMENI, quando tratou do delito preterintencional no direito italiano, negando que essa forma delitual seja um misto de dolo e culpa, mas sim “a consequencia de um ataque a um bem juridico alheio, cometido apenas com a previsão de uma lesão juridica menos grave do que a produzida. Eis por que se diz impropriamente, com a intenção de ser exato, que no delito preterintencional há um concurso de dolo e culpa, — dolo na *previsão* do efeito menos grave, culpa na *prevedibilidade* do efeito mais grave, verificado, mas a verdade é que se trata de um delito ocasionado por dolo e que não tem por isso outra causa senão o dolo, e a menor punibilidade do autor de tal delito, em relação ao autor de um delito voluntario — que em geral se tem como fundada na dimi-

nuição da força moral, tirada da participação da culpa no efeito delituoso — tem unicamente a sua razão de ser *na menor periculosidade demonstrada pelo delinquente*, cujo animo estava voltado para uma violação menos grave do que a verificada, e pela maneira de agir, reveladora daquele animo, o qual não sóe, de ordinario, produzir aquele efeito mais grave” (v. L’omicidio, pag. 100, n. 44) (60).

Não nos parece, porém, que a figura do art. 129 § 3.º consagre o resultado fortuito.

Durante o período de elaboração do Código, a fórmula do projeto ALCANTARA MACHADO, que consignava a figura do crime preterintencional, mediante uma regra geral sobre a preterintencionalidade, como forma autônoma do elemento subjetivo, *ad instar* do atual Código italiano, foi, como se sabe, severamente criticada por COSTA E SILVA. E o próprio autor do projeto confessou o seu nenhum entusiasmo pela preterintencionalidade, acrescentando: “Mas pensam de forma diametralmente oposta os juristas brasileiros, que, na Conferencia de 1.936, aderiram por 26 votos contra 4, à conclusão do Dr. NARCELIO DE QUEIROZ, assim redigida: “E’ uma lacuna (do projeto da Comissão Legislativa) a ausencia de disposição

(60) PEDRO VERGARA — *Delito de Homicidio* — O Dolo de Homicidio, pag. 15.

geral sobre preterintencionalidade, que não é justo só exista no delito de homicídio”. Cumpre-me salientar que, de inteiro acordo com a Conferencia, estão o projeto argentino de 1.937, o código uruguaio de 1.934, e, a acreditarmos em COSENTINI (Code Penal Internacional, n. 84), cujas citações não posso no momento verificar, os códigos cubano de 1936 e norueguês de 1902” (61).

À Comissão Revisora, propoz COSTA E SILVA a seguinte fórmula substitutiva: Pelos “resultados que agravam especialmente as penas só responderá o agente que os houver causado pelo menos culposamente”. Era, como se vê, o repudio completo ao caso fortuito e ao escalracho da responsabilidade objetiva, o que deu, em resultado, uma terceira fórmula introduzida pela Comissão: “Pelos resultados que agravam ou aumentam especialmente as penas não responde o agente, quando derivados de caso fortuito”. Porém, tanto esta, como a de COSTA E SILVA foram, afinal, consideradas ociosas, a vista do criterio estabelecido sobre a culpabilidade, em virtude do qual é absolutamente relegada a punição do caso fortuito. Nem era preciso que o Código dispuzesse, expressamente, sobre a impunibilidade do caso fortuito e da força maior, o que seria “superfluo, pleonas-

(61) O Projeto do Código Criminal perante a critica, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXV, fac. I, pag. 70.

tico, doutrinário, inútil”, como fez ver aquele insigne mestre.

Diante, pois, de tão expressivo elemento histórico, e tendo em vista as próprias e incisivas palavras da Comissão Revisora — “o brocardo *nulla poena sine culpa* deve ser o princípio orientador de qualquer reforma, em materia de legislação penal” — não vemos como se possa admitir na interpretação do Código a punição que derivar de caso fortuito. A boa exegese há de se fundar no critério que presidiu á elaboração da lei, dentro da velha sentença de CICERO: *nullum crimen est in casu*.

24 — Estamos, todavia, em face de um caso típico dos chamados *crimes qualificados pelo resultado*, modalidade que, segundo HUNGRIA, não consagra *uma pura responsabilidade objetiva*, posto muitos autores sustentem o contrario.

Aliás, em rigoroso diagnóstico, conforme observa JIMENEZ DE ASUA, os crimes preterintencionais não são outra coisa senão os qualificados pelo resultado.

Na Alemanha, referindo-se ao Código Penal da Prussia, de 1851, LÖFFLER os denominou, a esses crimes, “um retrocesso brutal e repentino”. Na crítica ao projeto do referido Código, BRESNER, em 1.869, dizia que ali se “emitiram maximas

que poderiam apiedar as pedras”. Deles disse M. E. MEYER: “um resto da mera responsabilidade pelo resultado, uma injustiça lamentavel em nosso direito”. Entre nós, o douto COSTA E SILVA dá decidido combate a tais crimes, colocando-os entre o *joio da responsabilidade sem culpa*, ao lado dos *cometidos com o engulhoso dolo indireto*.

E a despeito de dominante, na maioria dos autores germanicos, a opinião de que, em face do direito positivo alemão, é de se renunciar a toda exigencia de culpabilidade relativamente ao evento que transcende os limites do delito-base, ainda assim, um “pequeno mas seletto grupo”, como refere MEYER, nega a ruptura do principio da culpabilidade.

A este grupo filia-se MEZGER, para quem o intoleravel dessa ruptura, que *contradiz a consciencia jurídico-penal dos nossos tempos*, anda a par com a *pobreza* de sua fundamentação na jurisprudencia e na doutrina.

No mesmo sentido von LISZT-SCHMIDT, sustentando que os crimes qualificados pelo resultado *não correspondem nem à consciencia atual, nem aos principios básicos de uma razoavel politica criminal*. Para SEUFFERT, o evento, em direito penal, *só é imputavel quando causado com ciencia e vontade ou por grosseira imprudência*.

Em resumo, poderíamos dizer que os que repelem o principio de que a culpabilidade *não precisa de estender-se ao resultado que eleva a pena*, entendem de mister fixar, entre os *elementos da lesão corporal seguida de morte*, a *previsibilidade* deste resultado não querido pelo agente, direta ou eventualmente.

25 — E' o que faz HUNGRIA na exegese do preceito do nosso Código (art. 129 § 3.º), fixando os seguintes elementos: a) uma lesão corporal voluntaria; b) o resultado "morte" não querido pelo agente, nem mesmo eventualmente; c) previsibilidade desse resultado (62).

Quanto ao elemento da *previsibilidade* do evento "morte", diz ele, "não é necessario que se trate de *facil previsibilidade*, o que, aliás, pode ser até prova indiciaria da *voluntas occidendi*. Basta que a superveniencia do efeito letal não tenha sido incalculavel ou não se apresente como puro caso fortuito".

Convém, assim, distinguir entre o fato *previsto* e o fato *previsivel*.

Si o agente *previu* o evento maior, embora não o desejasse, e, não obstante isso, deixou de se abster da ação, responderá, evidentemente, por dolo, pois que, neste caso, conforme assinala ALI-

(62) NELSON HUNGRIA, *Com.*, pag. 324.

MENA, *il maggiore evento era entrato nella sfera della previsione* ⁽⁶³⁾. Mas, si, embora *previsível* o evento, tenha sido ele um efeito *extraordinariamente* mais grave do que aquele que se teria *podido prever*, então será admissível a hipótese do *excesso de fim* (delito preterintencional ou *preterdoloso*). ⁽⁶⁴⁾. Aqui, o evento, dado que não previsto, ou de difícil previsão, entra, porém, na *esfera do previsível*.

Segundo observa SETTI, para se distinguir um delito intencional de um preterintencional, *bisogna considerare il rapporto che intercede tra il fatto dell'agente e il risultato conseguito: se il risultato é la conseguenza naturale, o meglio, ordinaria di quella data azione illegale, e allora esso deve si dire voluto; se, invece, non é la conseguenza ordinaria di quell'azione dolosa, in modo, cioè, che si possa ritenere, secondo la comune esperienza, che l'agente non l'abbia voluto, e allora deve si dire che nel delitto evvi "eccesso nel fine" perché il risultato non é prevedibile dal comune degli uomini; perché l'evento più grave non "suole" comunemente accadere, o non si ritiene "necessario" che accada* ⁽⁶⁵⁾.

(63) BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, vol. I, pag. 339.

(64) IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, pag. 253.

(65) SETTI, *Dell'imputabilità*, pag. 106, apud B. Pellegrini, *ob. cit.*

Há, dessarte, que colocar o evento mais grave dentro da *esfera do previsível*. Vale dizer: embora o agente não quizesse o resultado nem assumisse o risco de produzi-lo, há, contudo, que considerar o vínculo causal entre o seu agir e o resultado produzido, pelo risco que ele *correu* de produzi-lo. Não será, propriamente, a *previsão do nexó causal*, porque, então, poderíamos entrar no domínio do dolo, passando para o setor do homicídio doloso.

Mas, o que é inegável, é que há certos fatos que produzem ou podem produzir, no curso ordinário das coisas, certos efeitos. E não está na vontade humana impedir ou limitar os efeitos da ação empreendida para um certo fim. O excesso desse fim, ainda que se não apresente como provável, será, ao menos, possível.

Nem se diga que isso redundaria, simplesmente, na consagração da responsabilidade objetiva, como conseqüente confusão entre culpabilidade e causalidade. Tal não se dá, porque apenas se trata de valorizar a primeira pela rigorosa determinação da segunda, com o propósito de evitar uma extensão injusta da pena pelo resultado mais grave.

Nesta ordem de idéias, não será suficiente qualquer *causação da morte*. Esta só será relevante como elemento do crime, quando produzida

por meio da lesão corporal, consoante tem decidido a jurisprudência alemã.

Não se deverá levar â conta do agente, senão o resultado da lesão e só da lesão por ele dolosamente produzida. Assim, quando para esse resultado tenha concorrido uma outra causa, preexistente ou superveniente, já não se poderá dizer que o evento “morte” seja um resultado da lesão.

Longe está, deste criterio, uma restauração arbitrária do instituto das concausas ou uma repulsa à teoria da *conditio sine qua non*, em que o Código se fundou para estabelecer a *imputatio facti*. Aliás, segundo refere JIMENEZ DE ASUA, os crimes qualificados pelo resultado devem merecer soluções extraordinárias, conforme entendem, sobretudo, os partidários da teoria da *conditio sine qua non*. FRANK, por exemplo, propõe um tratamento especial dessas infrações, acrescenta ASUA: a responsabilidade pelo resultado mais grave somente se dá, quando o curso causal corresponda à própria natureza do delito básico, ou às circunstâncias em que se praticaram aquelas infrações. E são numerosos os penalistas alemães partidários da teoria *condicional*, que aplicam, excepcionalmente, aos crimes qualificados pelo resultado, a doutrina da *causa adequada*.

Pelo texto da nossa lei, o que, a rigor, se dá é uma decorrença lógica e necessária da *tipicidade* do crime, que só se verificará, segundo a

definição legal, *se da lesão resulta morte*. Logo, si houver a interferencia de uma outra causa, prejudicada estará a *tipicidade*. O crime será apenas o de lesão corporal. Vale isso dizer que a atuação de qualquer outra causa que não seja, *unicamente*, a lesão produzida pelo agente, constituirá, em relação a este, verdadeiro *caso fortuito*.

Ter-se-á, por este modo, valorizado o elemento subjetivo. Posto que as circunstâncias evidenciem não ter o agente querido o resultado, nem mesmo eventualmente, a verificação de uma lesão por si mesmo mortal empresta à ação um caráter de maior gravidade que, quando não seja suficiente para demonstrar a direção da vontade no sentido desse resultado, serve, ao menos, para indicar uma possibilidade dessa direção.

Conforme expõe CARNELUTTI, pode-se desejar sem querer; e a investigação daquilo que ele denomina o *germe da vontade*, afim de saber si o evento foi querido, ou não, já de si relativamente difficil nos demais casos, mais complexa se torna, quando, como resultado de uma ação dolosa, se apresenta uma lesão de natureza letal. Não há, aqui, um criterio seguro para estabelecer os *limites de coincidência entre o evento desejado e o causado*.

Si, como disse KANT, fossem conhecidos todos os impulsos, inclinações e afetos que determinam a vontade, as ações humanas podiam ser

previstas com o mesmo grau de certeza com que se prevê um eclipse do sol ou da lua (66).

Mas porque isso não seja possível, é que o Direito Penal positivo, na mais elevada expressão do seu sentido político, deve estabelecer normas jurídicas tendentes a uma solução que seja a um tempo compatível com a garantia individual e o interesse da defesa social.

Cabe aqui invocar a palavra sempre acatada do Professor NOÉ AZEVEDO. Disse ele em brilhante conferencia que proferiu no 1.º Congresso Nacional do Ministerio Publico, “que uma responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral, e esta em uma livre manifestação da vontade conciente, constitui um ideal de justiça, do qual o nosso Código se procurou aproximar na medida do possível, mas do qual se afastou, quando sentiu necessidade de uma ação energica da sociedade contra fatos altamente danosos, como os casos de homicidio e lesões corporais gravissimas, resultantes de atos praticados com outra intenção, caracterisadora de dolo incomparavelmente menos intenso”.

Assim, em tais casos, “o que, em ultima análise, justifica a imposição da pena, é a necessidade da defesa social”, conclui NOÉ AZEVEDO, defendendo o postulado “do tão malsinado positivismo penal”.

(66) *Apud* TOBIAS BARRETO, *ob. cit.*, pag. 30.

De resto, o novo Código Brasileiro “ao invés de adotar uma política estremada em materia penal inclina-se para uma política de transações ou de conciliação”. “Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. (Exposição de Motivos).

26 — É, assim, sem perder de vista o postulado da defesa social, que as legislações penais fazem, do resultado maior, circunstância agravante, especial ou qualificativa, do crime-base. Essa circunstância opera, não, propriamente, como elemento *constitutivo*, porém *modificativo*, mais do que sobre o *si*, sobre o *como* do delito. E os elementos modificativos a que alude CARNELUTTI, conforme já vimos, também se podem distinguir em requisitos agravantes e atenuantes, segundo a modificação deles decorrente, determine uma agravação ou uma atenuação dos efeitos penais, o que se dá, em muitos casos, sem alterar o *nomen juris* do delito.

E', aliás, o que ocorre em relação à *lesão corporal seguida de morte*, modalidade que o nosso Código prevê no próprio capítulo das *lesões corporais*.

E muito embora se admita a exigencia do conhecimento e da previsão dos fatos que elevam a pena, ainda assim, em relação aos delitos qualificados pelo resultado, não se poderia falar de uma

absoluta exceção a essa exigencia, por isso que, abstração feita do conhecimento e da previsão do evento mais grave, há, forçosamente, que examinar a possibilidade desse evento dentro da *esfera do previsível*.

Alem disso, assim como no quadro das *circunstancias comuns* que agravam a pena, há as de natureza *objetiva*, também em relação às de ordem *especial* ou *qualificativa*, há de se considerar essa mesma natureza objetiva, revelada pela propria ação como força material do crime.

Dessarte, muito embora a culpabilidade do agente não precise de se estender até o resultado final, essa culpabilidade, manifestada no ato doloso inicial, pode ser *agravada*, sem quebra dos principios fundamentais do Código, pela verificação de circunstância, mesmo de natureza objetiva, que denote, no seu procedimento, uma possível previsibilidade do vinculo causal.

Evidentemente, só o caso concreto poderá possibilitar ao juiz uma justa apreciação do fato no seu conjunto, de modo a concluir si a superveniencia do efeito letal (tratando-se da hipótese do art. 129 § 3.º), era, ou não, incalculavel, porque si se convencer que era, deixará de considerar a agravante do evento “morte” (elemento modificativo), para aplicar tão sómente a pena da *lesão corporal*.

CAPÍTULO V

SUMARIO: Causas de exclusão da culpabilidade.
Causas de exclusão do injusto.
Dirimentes e justificativas. Causas de inimpugnabilidade. Criterio adotado pelo Código Penal Brasileiro.

27 — Conforme referimos em capítulo anterior, “a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade” é, segundo a concepção de FRANK, uma das características da própria culpabilidade.

Desta forma, si se verifica, no caso concreto, a existencia de uma daquelas causas, desaparece a culpabilidade, tal como se daria si faltasse um pressuposto do dolo, da culpa ou da imputabilidade.

Há, porém, que distinguir entre as *causas de exclusão da culpabilidade* e as *causas de exclusão do injusto*. Estas excluem, objetivamente, a anti-juridicidade do fato. Aquelas, apenas o nexo da causalidade psíquica entre o agente e o resultado, sem, contudo, legitimar a ação.

As legislações penais que, como a da Belgica, não faziam distinção entre as causas de exclusão da culpabilidade e de exclusão do injusto, pela consideração da sua equivalencia quanto aos efei-

tos penais, subordinavam-nas à denominação genérica de *causas de justificação*.

Daí a definição de HAUSS, quase que literalmente reproduzida por PRINS: “On appelle *causes de justification* les circonstances qui, dans un cas particulier, excluent l’infraction, soit qu’elles rendent le fait légitime, soit qu’elles effacent la culpabilité de l’agent, sans légitimer l’action même” (67).

Ainda assim, forçoso é dividir as causas de justificação em objetivas e subjetivas, conforme o critério de PRINS (68). Às primeiras pertencem aquelas que, suprimindo a criminalidade do ato, são inherentes à infração *en elle-même*. Das segundas fazem parte as que, suprimindo a culpabilidade do autor, são inherentes ao seu estado psíquico.

Nestas condições, as causas de justificação objetivas seriam a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito, o consentimento da parte ofendida. As de justificação subjetivas seriam o erro de fato, a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hie-

(67) HAUSS, *ob. cit.* n. 601 — ADOLPHE PRINS, *Science Penale et Droit Positif*, n. 323.

(68) ADOLPHE PRINS, *ob. cit.*, n. 323 (Bruxellas e Paris, 1899).

rarquico, a coação irresistível, bem como as que se referem à inimputabilidade: imaturidade, enfermidade ou deficiência mental, embriaguez completa e accidental.

As de natureza objetiva são, portanto, “causas de exclusão do crime”, e as de natureza subjetiva “causas de exclusão do criminoso”, distinção que, na técnica do Direito Penal se faz senão indispensável, pelo menos de relevante utilidade prática e jurídica.

Tem aí a sua origem o critério da divisão entre causas *dirimentes* e causas *justificativas*, aquelas revestidas de natureza subjetiva, como *causas de não culpabilidade*, e estas de natureza objetiva, por tirarem ao fato o seu caráter delituoso.

Fugindo a esse critério de diferenciação, o Código argentino trata indistintamente as causas de exclusão do crime e as causas de exclusão da culpabilidade, estabelecendo para umas e outras, no título da imputabilidade, a mesma disposição: *não são puníveis*. Idêntico é o critério do Código italiano que, também indistintamente, usa da expressão *não é punível*, quer se trate de *dirimente*, quer se trate de *justificativa*.

O Direito alemão reconhece como *causas de justificação*, as causas de *exclusão do injusto*, entre as quais prevê a legítima defesa, o estado

de necessidade de Direito Civil, o consentimento do ofendido, o dever funcional, a ordem de superior, a permissão da autoridade. Em todos esses casos é excluída a ilegalidade da ação.

Distintas das referidas *causas de justificação* são as causas de *exclusão da culpabilidade*, v. g., o constrangimento decorrente de *força irresistível* ou de *ameaça* acompanhada de perigo atual, o *estado de necessidade* a que o agente não deu causa e que, de outro modo, não podia evitar, para salvar o seu corpo ou a sua vida, ou o corpo e a vida de um parente.

28 — No Código brasileiro a distinção é manifesta. Sempre que nele se declara, conforme diz NELSON HUNGRIA, que o agente *não é punível*, ou *fica isento de pena*, ou *não é passível de pena*, trata-se de causa dirimente (excludente da culpabilidade). E quando se usa da expressão *não há crime*, isso importa numa causa justificativa (excludente da injuridicidade) ⁽⁶⁹⁾.

Assim, as causas dirimentes, segundo o nosso Código, compreendem: o erro de fato, quando excusável (art. 17 e § 1.º); a coação irresistível, a obediência hierárquica (art. 18); a enfermidade ou a deficiência mental que torne o agente inteiri-

(69) NELSON HUNGRIA, *Conferencia pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, 1940, in *Questões Jurídico-Penais*.

ramente incapaz de entender o carater criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 22); a imaturidade (art. 23) e a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 24 § 1.º).

A estas ultimas (enfermidade ou deficiência mental, imaturidade e embriaguez) poderíamos chamar causas de *inimputabilidade*, por serem as que apresentam o agente como irresponsavel ou incapaz de Direito Penal. São as causa que, como observa EUSEBIO GOMEZ, dentro dos sistemas jurídicos que as admitem, impedem a imposição de uma pena, porque falta ao agente o que os neoclássicos denominam *capacidade penal*.

Verificada a incapacidade pela intervenção de uma daquelas causas, não há mais que indagar si o agente procedeu dolosa ou culposamente. Basta que fique demonstrada a falta de discernimento que o tornou inteiramente incapaz de entender o carater criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

E o nosso Código, muito corretamente, as manifesta em titulo especial (Da Responsabilidade), como a indicar a sua necessaria separação das causas de exclusão da culpabilidade, propriamente ditas.

Quanto às causas justificativas, ou mais acertadamente, causas de exclusão do illicito ou causas

excludentes de crime, o Código prevê o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito (art. 19).

29 — Na Parte Especial, o Código estabelece ainda alguns casos de exclusão de pena. Nos *crimes contra a honra*, quando o ofendido, de modo reprovável, provocou diretamente a injúria, ou na hipótese de retratação cabal da calúnia ou da difamação, o *agente fica isento de pena*; no caso de retorsão imediata que consista em outra injúria, o juiz *pode deixar de aplicar a pena*; nos crimes *contra o patrimônio*, não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não exceda a quota a que tem direito o agente; tratando-se de receptação, o juiz *pode deixar de aplicar a pena*, tendo em consideração as circunstâncias, si o criminoso é primário; e é *isento de pena* quem comete qualquer dos crimes contra o patrimônio (salvo as hipóteses do art. 183), em prejuízo do conjuge, do ascendente ou descendente; nos crimes *contra o patrio poder, tutela ou curatela*, o juiz *pode deixar de aplicar a pena*, no caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus tratos ou privações; nos crimes *contra a administração da justiça*, o falso testemunho ou falsa perícia *deixa de ser*

punível, se antes da sentença o agente declara a verdade.

Em rigor, esses casos e outros semelhantes, afora aqueles previstos na *extinção da punibilidade*, não são, propriamente, de exclusão da culpabilidade, nem do crime. Neles se integram todos os requisitos, materiais e morais, da infração. Mas a pena deixa de ser aplicada, ou o juiz pode deixar de aplicá-la, por motivos de ordem puramente pessoal. São meras *excusas absolutórias* que, conforme se infere da definição de DEGOIS, não extinguem o carater delituoso do fato, nem suprimem a responsabilidade do agente. Apenas constituem, em sentido estrito, uma exceção à punição do fato, fundada em razões de todo especiais.

Nos limites do estudo que estamos procedendo, apenas examinaremos, a seguir, e por alto, as causas de exclusão da culpabilidade, isto é, aquelas causas que, sem afetar as condições bio-psíquicas da responsabilidade, excluem o dolo e a culpa *stricto sensu*, pelo rompimento do nexo de causalidade subjetiva entre o agente e o evento.

CAPÍTULO VI

SUMARIO: O excusavel erro de fato e sua posição no sistema jurídico-penal. Criterio seguido pelo Código Penal Brasileiro. Irrelevância do erro concernente aos fatos que fundamentam a imputabilidade. O erro nas justificativas putativas. Causas dirimentes putativas.

30 — Quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, é isento de pena. E' o que dispõe o nosso Código.

Nem sempre, porém, se designa o erro como causa excludente da culpabilidade. Os escritores se dividem no exame da matéria, formando vários grupos. Há os que entendem que a teoria do erro é a teoria do dolo *considerada sob o ponto de vista negativo*, isto é, *o lado avesso da teoria do dolo*. Outros consideram o erro uma *causa de inimputabilidade*, e outros uma *causa de justificação*.

Não se trata, nessa divergência, de um simples jogo de palavras, pois que, da posição em que for colocado o erro no sistema jurídico-penal de-

correm, como é intuitivo, consequências diversas e dignas de especial atenção.

Por isso, servindo-nos da interessante monografia de LUIZ JIMENEZ DE ASUA ⁽⁷⁰⁾, vamos passar em ligeira revista as diferentes opiniões a respeito, sem, contudo, nos deter na equivalência, que o autor defende, entre o *error juris* e o *error facti*.

31 — Na Alemanha, é dominante o estudo do erro na teoria da culpabilidade, ou, mais acertadamente, na teoria do dolo, conforme o sistema seguido por MERKELL, von LISZT, CARLOS STOOS, WACHENFELD, van CALKER, GERLAND, von HIPPEL, MEZGER.

Contra essa corrente figura BINDING, que considera a teoria do erro “completamente independente da teoria da culpabilidade”, por colocá-la, no que é seguido por FINGER, como fundamento da *exclusão da imputabilidade*.

Formando outro grupo, M. E. MAYER, KOHLER, SCHAEFFER, BERKER colocam o erro entre as *causas excusantes*, ou *excludentes da culpabilidade*, ou *causas de inculpabilidade*.

Outros ainda, como RICHARD SCHMIDT e BRUMBY, dão ao erro um lugar especial, o pri-

(70) *Reflexiones sobre el Error de Derecho en Materia Penal*, Buenos Aires, 1942.

meiro colocando-o, juntamente com as *causas de justificação putativas*, nos casos de *isenção de pena por falta de conciencia da antijuridicidade*, e, o segundo, consagrando-lhe uma disposição própria, em seguida ao conceito do delito.

Passando-se aos escritores italianos, não é demais dizer que a *communis opinio* considera o erro de fato como uma causa eximente, e, só por exceção, apreciada como tema da culpabilidade.

Para CARRARA seria uma *causa de inimputabilidade*. Assim também para MANZZINI, que o situa no capítulo destinado às *circunstancias gerais de exclusão ou de diminuição da imputabilidade*. No mesmo sentido ALIMENA, que o refere na parte intitulada *a imputabilidade e a justificação*, e FLORIAN que o coloca entre as *causas que excluem a imputabilidade*. POZZOLINI estuda-o entre as *circunstancias eliminadoras e modificativas da responsabilidade*.

Dentro da mesma corrente, SABATINI, que conceitua o erro no capítulo destinado às *causas influentes sobre a imputabilidade e sobre a pena*, e ZERBOGLIO que o examina nas *causas capazes de influir sobre a imputabilidade*.

Acompanhando a técnica alemã, PESSINA encara o problema do erro como uma das *causas que podem negar o dolo*. Também IMPALLOMENI dele se ocupa ao *estudar o dolo*, declarando que este é

excluido pelo erro. VICENTE LANZA, igualmente, o coloca na *doutrina do dolo e de sua existencia*, e ALTAVILLA entre as *causas que influem no elemento psíquico do delito*. FERRI o considera uma das *causas de justificação negativa*, ao lado do caso fortuito, da coação e do consentimento do ofendido ⁽⁷¹⁾.

Na França, ROSSI faz do erro uma causa generica comprehensiva das *causas de inimputabilidade*. JORGE VIDAL o inclui entre as *causas psicologicas que suprimem ou diminuem a imputabilidade*. GARRAUD a ele se refere ao occupar-se da *culpabilidade*. DONNEDIEU DE VABRES trata do assunto na parte em que estuda o *elemento moral da infração*. E, como FERRI, J. A. ROUX o considera *causa de justificação*.

Na Belgica, HAUSS estuda o erro como uma das *causas que excluem a culpabilidade*, sem afetar as faculdades intellectuais e morais do agente. Assim também THIRY. Segundo PRINS, o erro figura entre as *causas de justificação subjetivas* que, de acordo com a técnica por elle adoptada, significa uma *causa de inimputabilidade*.

(71) Conforme JIMENEZ DE ASUA (*ob. cit.*) FERRI, "dentro de los escritores de Italia, es el que más acierta en el trato comum del error *juris et facti* y en conceder a aquél amplios efectos, y el que más se equivoca en la terminologia de las causas en que le incluye.

Na Espanha, “ainda nos tempos de confusa sistemática”, PACHECO incluía o erro entre as *causas de justificação*. CUELLO CALON o estuda em capítulo próprio, *depois das formas da culpabilidade*. JIMENEZ DE ASUA que, antes, preferia estudar o erro ao tratar da culpabilidade, imediatamente depois do dolo, mais tarde veio a situá-lo entre as *causas de inculpabilidade*, a exemplo de MAYER, afirmando que esse lhe é o lugar apropriado na sistemática do Direito Penal.

Entre os escritores argentinos, CARLOS TEJEDOR o coloca entre as *excusas*, ou seja, entre as causas ou circunstâncias que *debilitan o borran solo en parte la imputabilidad*. RODOLFO RIVAROLA trata da matéria ao se ocupar da *relação entre a intenção e o fato realmente cometido*, no capítulo sobre o *elemento psicologico del hecho punible*. EUSEBIO GOMEZ o estuda entre as *causas excluyentes de la ilicitud penal*. E SEBASTIAN SOLER a ele se refere como *causa de exclusão da culpabilidade* em seu *aspecto negativo*, causa que investiga no estudo da “culpabilidad en particular”, antes de entrar na indagação do dolo e da culpa.

32 — No Código brasileiro, o erro de fato é, *nulli dubium*, uma causa dirimente, ou seja, uma causa excludente da culpabilidade. Vale isso dizer que o erro, em nosso sistema jurídico-penal,

não expunge a ilicitude do fato. Apenas dirime a culpabilidade do agente, operando como causa excludente do dolo, quando recai sobre o delito em si mesmo, ou, mais claramente, sobre os elementos que são da essência do delito. Assim, o erro deve recair sobre o fato que constitui o delito, ou seja, sobre as circunstâncias de fato que pertencem ao tipo legal.

Há Códigos que ao disporem sobre o erro de fato se referem a *circunstâncias constitutivas do delito*, frase que, conforme COSTA E SILVA, é mais expressiva e própria do que a fórmula do Código italiano: *sul fatto che costituisce il reato*. Para excluir o dolo e acarretar a não punibilidade do agente, o erro não precisa de recair *sul fatto*, diz o referido escritor, sendo bastante que recaia em um dos elementos integrantes do delito, que pode ser até de direito.

Em verdade, porém, *só o erro concernente a um ponto essencial* exclui o dolo. Daí a expressão de que usa o nosso Código, e que, em substância, como observou o saudoso ALCANTARA MACHADO, diz a mesma coisa que a outra, com a vantagem de tornar bem claro que se trata do *error facti*.

Assim, o que sobretudo interessa para a relevância do erro de fato, é que ele seja *essencial* e não derive de culpa do agente, porque, nesta últi-

ma hipótese, não haverá isenção de pena si o fato é punível como crime culposos.

33 — Por outro lado, nenhuma relevância terá o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado. Trata-se, nesse caso, de erro meramente accidental, que não elimina o dolo do agente, muito embora não se considerem, para a qualificação do delito ou agravação da pena, as condições ou qualidade da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Manteve-se, nesse particular, o mesmo critério do Código de 1.890, com a interpretação que lhe dava a jurisprudência sobre a irrelevância das condições ou qualidade da pessoa ofendida.

E o dispositivo sobre o *error in persona* completa-se com o que se contém no artigo 53, segundo o qual, quando o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução (*inhabilitade*) ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela pessoa, com o que ficou expressamente consagrada a doutrina da unidade, na hipótese de *aberratio ictus*, assunto que, em face do Código anterior, ofereceu margem a controversias.

34 — Só sendo relevante quando recai sobre o fato que constitui o crime, é obvia a irrelevância

do erro concernente aos fatos que fundamentam a *imputabilidade* do autor, no sentido da sua capacidade penal. Os requisitos da imputabilidade não pertencem ao tipo legal, estando, assim, excluídos das circunstâncias constitutivas do delito.

Não importa, pois, que o agente suponha ainda não haver completado dezoito anos, ou que, erroneamente, se considere um doente mental. A sua culpabilidade subsiste, desde que concorram as demais exigências que informam a conduta dolosa.

Isso, todavia, não implica em afirmar, de modo geral, a irrelevância do erro referível aos *elementos subjetivos do crime*, pois, aquele que supõe, erroneamente, a existência de uma causa justificativa, também é isento de pena. Já aqui o erro não recai sobre o fato constitutivo do delito, ou seja, *sobre a parte do delito exterior ao agente*, porque provém da suposição de uma situação de fato apenas existente no animo do agente. Faltaria, em tal emergência, para integrar o dolo, a consciência da ilegalidade.

Entende JIMENEZ DE ASUA que o erro nas justificativas putativas recai sobre os fatos e não sobre a antijuricidade da conduta, opinião que proclama ser a sufragada por MEZGER. Diz ele, em nota, com referência à *defesa putativa* e ao *estado de necessidade putativos* “no trato de esta cuestión, de tanta monta, por que, a mi juicio, el error en las justificantes putativas recae sobre

los hechos y no sobre la antijuricidad de la conducta. Sólo me importa subrayar que la opinion por mi expuesta es la que ha seguido MEZGER (*Strafrecht*, cit., pags. 319 y sigs). En cambio RODRIGUEZ MUÑOZ piensa que las justificantes putativas afectan más bien al conocimiento de la signification del acto". (70).

No direito alemão é considerado não punível o excesso de legítima defesa, quando o agente, em virtude de perturbação, medo ou temor, tenha ultrapassado os limites da defesa necessaria (excesso intensivo).

Evidentemente, como observa MEZGER, não poderá o agente, nesse caso, se beneficiar com a alegação de que *supunha* atuar em estado de perturbação, medo ou terror. E' necessario que, *objetivamente* considerado, tenha agido naquele estado.

Em seu comentario sobre o excesso intensivo da legitima defesa, escreveu VON LISZT que, em tal hipótese, dá-se, na verdade, uma ação em si punível, mas dá-se também, ao mesmo tempo, uma causa ou circunstancia pessoal de exclusão da pena (73).

Como se sabe, VON LISZT *negava*, àquele tempo, qualquer influencia ao erro como causa exclu-

(72) JIMENEZ DE ASUA, *ob. cit.* pg. 135.

(73) VON LISZT, *ob. cit.*, § 32.

dente da culpabilidade no caso das justificativas putativas. Para ele, quem, em um suposto estado de legítima defesa matasse alguém, devia responder pelas consequências do seu erro.

Aliás, o direito germanico não consagrava disposição expressa sobre a admissão erronea de *circunstancias de fato que excluem a pena*, mas, conforme MEZGER “una aplicacion por analogia del pensamiento basico contido na lei no puede rechazar-se: *la admission erronea de hechos que excluyen la pena*, es decir, de tales hechos, que *si* existieran excluirian la pena, *excluye el dolo* (74).

35 — O que, todavia, desejamos destacar é que a erronea suposição de fatos que excluem a injuricidade da ação (o nosso Código refere-se a

(74) MEZGER sustenta que o direito consuetudinario como a analogia são admissíveis e necesarios sem limitação alguma nos casos de restrição e de exclusão da pena. Em nota, RODRIGUEZ MUÑOZ observa que o Código hespanhol “solo se opone a una ampliacion de los tipos, no a una ampliacion de suo catalogo de causas de exclusion de la antijuricidad de la conducta. En lo que concierne a las causas de exclusion de la culpabilidad, diz ele, la solucion ha de deducirse del concepto mismo de la culpabilidad y de sus elementos integrantes. Sobre ello, nuestro Codigo, y lo mismo, por regla general, los extranjeros, no contiene una regulacion detallada, cosa por otra parte casi impossible. Por tanto, solo una vez construido el concepto de la culpabilidad, podar determinarse quando por falta de alguno o algunos de sus elementos desaparece la culpabilidad y hasta que extremo cabe la

fato que, se existisse, tornaria a *ação legítima*) elimina a culpabilidade do agente. Não há crime, quando se verifica a legítima defesa, ou o estado de necessidade, ou o estrito cumprimento do dever legal, ou o exercício regular de direito. Não haverá pena, no caso de legítima defesa putativa, ou do estado de necessidade putativo, ou do estrito cumprimento do dever legal ou do exercício regular de direito, putativos.

E o erro que determina essas *justificativas putativas*, excluindo o dolo, exclui, antes de tudo, a consciência da ilegalidade, pois que o agente se julga no exercício de uma ação legítima. Importa dizer que, nessa hipótese, o erro recai sobre uma atitude *interna* do autor. A imagem do fato, tal como se apresentou ao seu espírito, o fez supor a realidade de uma ação não criminoso.

Assim, conforme a opinião de RODRIGUEZ MUÑOZ, as justificativas putativas “*afectan más bien al conocimiento de la significacion del ato*”.

analogia en referencia a aquellos preceptos que en el Código, por excepcion, marcan la estructura del concepto de culpabilidad o de sus formas”.

O nosso Código comporta, ao que parece, o mesmo critério. Fundado no princípio da anterioridade da lei penal, ele veda, evidentemente, a ampliação analógica dos tipos. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Mas a disposição genérica do art. 15 § único não impedirá a ampliação analógica das causas de exclusão da antijuricidade da conduta.

Necessario será distinguir entre a *legítima defesa putativa* e o *pretexto de legítima defesa* (excesso extensivo). Nesta ultima hipótese, o indivíduo age, como escreve HUNGRIA, “na plena consciência de que, com a sua conduta violenta, não se acha em estado de legítima defesa. E ainda mesmo que o agente proceda na *duvida* sobre a identidade entre a sua ação e a ação autorizada *in abstracto*, pela lei, já não há falar-se em legítima defesa putativa: apresenta-se, também em tal caso, um crime doloso, pois que, como diz DE MAR-SICO, *chi arrischia vuole*. O que exclui o dolo é tão sómente a *certeza subjetiva* de que não age *contra jus*. A legítima defesa putativa supõe que o agente atuou na *sincera e íntima convicção* da *necessidade* de debelar uma agressão atual (ou iminente) e injusta” (75).

Desta forma, e muito embora sustente esse ilustre escritor brasileiro, que o erro determinante da imunidade penal da ação praticada em legítima defesa putativa “é tão sómente o que versa sobre os pressupostos objetivos da legítima defesa” quer nos parecer, sem qualquer intuito de menor objeção, que isso não infirma a tese de que esse

(75) NELSON HUNGRIA, *A Legítima Defesa Putativa*, p. 114.

erro recai, mais diretamente, sobre o requisito subjetivo do delito.

Claro que si o agente erra a respeito da noção jurídica ou legal da legítima defesa, supondo a ação legítima contra uma agressão finda ou futura, ou por ele mesmo injustamente provocada, aí o erro será indiferente, como erro de direito que é.

Mas si o agente supõe a existencia de uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, o erro será relevante ainda que tal agressão, realmente, não exista, por só existir na imaginação do agente. Para tanto, basta que o seu erro seja plenamente justificado pelas circunstâncias. E estaremos, então, em face de uma situação subjetiva de legítima defesa, em que o dolo é excluído pela falta de conciencia da injuricidade da ação, ou, por outras palavras, pela sincera certeza da legalidade da conduta.

36 — Voltando a outro aspecto da questão, poderá parecer que, ao falar o Código em erro que, se existisse, tornaria a *ação legítima*, só admite a isenção de pena quando se tratar de causas justificativas putativas e não também de causas dirimentes putativas.

Pela disposição do Código italiano, a duvida não teria razão de ser, pois que nele se estabelece: “Si o agente acreditar, por erro, que existem circunstancias de exclusão da pena, estas serão sempre computadas a seu favor” (art. 59, 2.^a alinea). E como o diploma peninsular usa indistintamente da expressão *não é punível*, quer se trate de causa de exclusão do injusto, quer se trate de causa de exclusão da culpabilidade, nada impede concluir que o dispositivo acima citado abranje, de modo geral, as justificativas e as dirimentes.

Também nenhuma dúvida oferecerá a regra estabelecida no Código argentino, declarando não ser punível: “o que não tiver podido, no momento do fato, quer por insuficiencia das suas faculdades, por alterações morbidas das mesmas ou pelo seu estado de inconciencia, *erro ou ignorancia de fato não imputavel*, compreender a criminalidade do ato ou dirigir os seus atos”.

Como se sabe, o projeto ALCANTARA MACHADO nada dispunha sobre a falsa suposição das condições de fato das descriminantes, o que lhe valeu a critica de NELSON HUNGRIA. Foi, então, sugerida a “fórmula ampla e irrepreensível” do projeto SÁ PEREIRA: aquele que tiver agido sob a influencia duma apreciação erronea dos fatos, se esta o favorece, de acordo com ela será julgado”.

Era a reprodução literal do Código suíço: “celui que aura agis sous l'influence d'une appréciation erronée des faits sera jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable”. Esta fórmula foi, porém, repelida por falta de clareza e “algo confusa”, preferindo-se a que se consubstanciou no artigo 17 do Código.

Por certo, que mais clara e precisa, seria a fórmula alemã sugerida pela Comissão de Direito Penal, (Strafrechtsausschuss) em 1.928: “Quem supõe erradamente uma situação de fato que tornaria a ação legítima ou isentaria de pena o agente, não será punido a título de dolo, mas de culpa, si se trata de erro culposos”.

Trate-se, portanto, de fato que tornaria a *ação legítima*, ou de fato que *isentaria de pena o agente*, o erro será sempre relevante, quando excusavel.

Outro não é o ponto de vista de MEZGER, que sustenta ser indiferente tratar-se de *atos externos que excluem o injusto* ou de *atos externos que excluem a culpabilidade*. O erro tanto pode recair sobre uns como sobre outros, ou seja, o dolo do agente tanto será excluído quando ele crê, por erro, na existencia de pressupostos de fato concernentes às causas de exclusão do injusto, como quando admite, erroneamente, que tais pressupostos concernem às causas de exclusão da culpabilidade.

Na lição de COSTA E SILVA, *a erronea opinião da existencia de uma dirimente ou justificativa exclue o dolo* ⁽⁷⁶⁾.

Esse, sem duvida, é o criterio que deve prevalecer na aplicação da nossa lei penal, em cujo sistema o erro é uma causa de exclusão do dolo. E este não prescinde da consciencia da injuricidade. Pelo contrario, exige, no agente, a consciencia da ilegalidade da ação, consciencia que, em absoluto, poderá existir no individuo que procede coactamente ou em estrita obediencia à ordem de superior hierarquico.

Em tais casos, a ação não será empreendida pela convicção da legalidade do ato, como nas justificativas putativas, onde a ausencia da injuricidade se manifesta como ato de vontade; mas, sim, pela convicção de uma causa que, tirando ao agente a autonomia da sua vontade, já não lhe permite avaliar a juricidade ou injuricidade do seu ato.

O erro é assim relevante, porque obstrui o *juizo de valor* sobre a ação a praticar, tal como obstruiria esse juizo a própria realidade da causa dirimente. Não haverá, portanto, como falar em crime doloso. O agente responderá a título de culpa, si o erro for inexcusavel e o fato punível como crime culposos.

(76) COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 165.

Poder-se-ia objetar que essa conclusão está em conflito com o disposto no artigo 17, *in fine*, pois que a expressão — *ação legítima* — usada no texto, como bem observa PEDRO VERGARA, “diz respeito às justificativas, isto é, às ações autorizadas pela lei; a ação é *legítima*, precisamente porque é *legal*, porque a lei a autoriza, porque a lei dá ao agente o poder de agir, isto é, o direito de *praticar o ato*” (77).

Aqui caberia, então, reproduzir o que escreveu HUNGRIA, depois de se referir a um comentário de MANZINI ao atual Código italiano: “Com semelhante fórmula (art. 59, 2.^a alinea do Código Rocco) cream-se, ao lado das *discriminantes reaes*, e a estas equiparadas, as *discriminantes putativas*. Ora, porque e para que esse recurso a uma ficção legal, quando bastava reconhecer-se, *realisticamente*, que o dolo não prescinde da consciência da injuricidade, de modo que fica excluído pelo erro que induz a suposição da excepcional liceidade da ação. Na divergência entre a realidade e a sua representação na *mens* do agente — como justamente dizia DE MARSICO antes da vigência do Código Rocco — é que se plasma a consciência do valor do fato, que passa a ser figurado como um fato permitido pela lei, de modo que, ao invés da

(77) PEDRO VERGARA, *ob. cit.*, pag. 183.

aplicação da discriminante, deve-se falar, mais propriamente, em ausência de dolo” (78).

E o mesmo DE MARSICO escreveu, posteriormente, referindo-se à legítima defesa putativa, que mais correto será dizer, nesse caso, *che manca l'antigiuridicità* (79).

37 — Em conclusão, sempre que se verificar a ausência de dolo, seja pela ocorrência real de uma causa eximente, seja pela errônea suposição dessa causa, assim *dirimente* como *justificativa*, o fato não poderá ser punido como doloso.

Isto posto, o erro sobre as causas dirimentes putativas, embora não se compreenda na disposição do artigo 17, *in fine*, é, contudo, relevante como causa de exclusão da culpabilidade, pela ausência do dolo, em face da regra contida no artigo 15 § único.

De resto, conforme já expusemos, a culpabilidade exige, também, como elemento de forma negativa, a *ausência de causas de exclusão da culpabilidade*. Não importa, dessarte, que essas

(78) NELSON HUNGRIA L. D. P., pags. 99/100.

(79) *Lesione universitaire*, 1935, ap. NELSON HUNGRIA, L. D. P..

causas sejam reais ou meramente putativas. O importante, assim em relação às primeiras como às segundas, é que sejam de tal forma que, em virtude delas, se possa considerar excluído o dolo.

CAPÍTULO VII

SUMARIO: A coação irresistível e a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

38 — A coação irresistível e a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico são, além do *error facti*, as duas outras causas dirimentes previstas em nosso Código, no título que trata *do crime*.

Conforme a expressão do texto, a coação há de ser *irresistível*, pois, do contrario, isto é, si vencível, será apenas uma atenuante (art. 48, IV, letra c).

O Código de 1.890 falava em *violencia fisica irresistível e ameaças acompanhadas de perigo atual* sendo, então, corrente a interpretação de que na primeira fórmula se compreendia o *constrangimento fisico*, e na segunda o *constrangimento moral*. Hoje, porém, a *vis corporalis* e a *vis compulsiva* estão abrangidas na única expressão — coação irresistível — de que usa a lei.

Sustentava GALDINO SIQUEIRA, em comentário ao artigo 27 § 5.º do velho Código, que “no caso de força irresistível ou de ameaças acompa-

nhadas de perigo atual, não há propriamente uma dirimente da imputabilidade, que antes se conserva, e sim uma justificativa do crime. É apenas uma das modalidades da extrema necessidade, que não é sómente uma situação de perigo atual criada por forças naturais, mas também por ato humano”⁽⁸⁰⁾.

EUSEBIO GOMEZ entende que “la coaccion ejercitada sobre una persona para obligarla a la comision de un hecho previsto como delito, es causa determinante de la ilicitud, porque el agente procede sin dolo y sin culpa”⁽⁸¹⁾.

Segundo PEDRO VERGARA, a coação deve ser incluída “entre as causas de exclusão do dolo que podem constituir uma ação legítima”.

Se o Código considera legítimo o ato praticado em estado de necessidade, diz esse escritor, não há razão para que se deixe de considerar legítimo também o ato praticado sob coação irresistível, que é igualmente um ato absolutamente *necesario*. Tanto nesse caso como naquele, o agente mata para não ser morto e em ambos, como na *legítima defesa*, procede com vontade”⁽⁸²⁾.

(80) GALDINO SIQUEIRA, *ob. cit.*, Parte Geral, n. 218.

(81) EUSEBIO GOMEZ, *ob. cit.*, t. I, n. 268.

(82) PEDRO VERGARA, *ob. cit.*, pags. 183/184.

39 — Para nós, em conformidade com o que temos exposto, a coação não será nem uma dirimente da imputabilidade, nem uma delimitadora da ilicitude, senão, propriamente, uma *causa excludente da culpabilidade*. Ela não tem o efeito de expungir a ilicitude do ato nem o de eliminar a capacidade penal, como bem escreveu NELSON HUNGRIA, pois que “sua influencia é exercida apenas sobre o nexo da causalidade psíquica, isto é, exclui, no caso concreto, a *voluntariedade* (que não se confunde com a capacidade de volição consciente) e portanto, uma das condições essenciais da culpabilidade” (83).

Com efeito, quem age coagido, física ou moralmente, age sem vontade, ou, pelo menos, contra a sua vontade. Será apenas causa material, mas não causa moral do crime: *non agit sed agitur*. A *voluntas coacta*, ao contrario do que reza o velho aforismo, não *est voluntas*.

Tolhido na liberdade do seu movimento corporeo ou na liberdade do seu querer, o agente, em qualquer desses casos, será apenas instrumento de uma vontade estranha. Mas, nem por isso, a sua conduta, em relação ao ato que pratica, será uma conduta *conforme ao direito*, pois, do contrario, não haveria como estabelecer a punição do autor da coação, como agente único do crime.

(83) NELSON HUNGRIA, *Questões Juridico-Penais*, pgs. 99/100.

Trata-se, dessarte, de uma *causa pessoal que exclui a culpabilidade* e não de uma *causa de exclusão da injuricidade do ato*.

Neste passo, não há como confundir a coação moral com o estado de necessidade, como fazem algumas legislações que só dispõem a respeito da coação, e outras que só regulam o estado de necessidade.

Aliás, no texto definitivo do projeto ALCANTARA MACHADO, onde apenas se conservava a referencia à *coação por violencia fisica irresistivel*, abrangia-se no estado de necessidade a coação moral, a exemplo do que se faz na Alemanha, sob a égide das lições de BINDING, OETKER e outros.

De acordo, porém, com a letra do Código, a distinção é flagrante. A coação, sob qualquer dos seus aspectos (*vis absoluta e vis compulsiva*) é uma *dirimente* da culpabilidade, e o estado de necessidade uma causa *justificativa* do fato, figurando em dispositivos separados.

40 — Quanto à *obediencia à ordem de superior hierarquico*, muito embora prevalente, por longo tempo, a opinião de que se trata, no caso, de uma causa excludente de crime, o Código preferiu considerá-la como causa de exclusão da culpabilidade.

Acompanhou, com isso, a corrente a que se filiam MAYER, KOHELER, HEGLER, von LISZT-SCHMIDT, MEZGER e alguns outros. Contra essa corrente, destacam-se MERKEL, van CALKER, von HIPEL, GERLAND, SAUER, ALLFELD, AMMON, além de outros mais.

O professor JIMENEZ DE ASUA que, antes, atribuía à obediência hierárquica o caráter de justificativa do fato, penitenciou-se, depois, do seu *solito error*, para considerá-la, apenas, como causa de inculpabilidade, acompanhando, dessa forma, a mudança operada no próprio direito hespanhol que, inspirado pelos ensinamentos de MAYER, como observa RODRIGUEZ MUNOZ, hoje se afirma no sentido da corrente favorável a considerar a *obediencia* como causa de ausência da culpabilidade.

Na Argentina, o professor EUSEBIO GOMEZ empresta à *obediencia debida* o mesmo efeito que se atribui ao *cumprimento do dever*, o que vale conferir à primeira o caráter de justificativa.

A mesma assimilação se encontra no Código italiano de 1.930, onde se dispõe que “o exercício de um direito ou o adimplemento de um dever imposto por uma norma jurídica ou por uma ordem legítima da autoridade pública, exclui a punibilidade”.

Defendendo o critério que veio a ser adotado pelo nosso Código, escreveu NELSON HUNGRIA,

com a proficiência de sempre: “nos termos do projeto, fica isento de pena aquele que pratica o crime “em estrita obediência à ordem de superior hierarquico, *não sendo esta manifestamente ilegal*”. Deve ter-se em vista que não se trata de obediência a uma ordem *intrinsecamente* legal. Se assim fosse, não haveria necessidade de destacar-se a hipótese em questão (como faz a doutrina, em consonância com o direito positivo) do conceito de “ordem da lei”, que esta, sim, é, autenticamente, uma causa de exclusão de crime. Pressupõe-se que a ordem é ilegal na sua substancia embora não manifestamente tal. De um ponto de vista rigorosamente jurídico, repellido o principio da *obediência cega*, uma ordem *ilegal*, ainda que a ilegalidade não seja reconhecível *prima facie*, não devia jamais ser cumprida, pois não deixa de *ser ilegal*. O ato praticado em cumprimento dela, quando correspondente a um tipo legal de crime, não perde, objetivamente, o carater de ilícito ou antijurídico. Tão sómente para contemporizar com o interesse da disciplina administrativa ou com o principio da autoridade, é que a politica criminal aconselha e o direito positivo prescreve que, em tal caso, nenhuma pena seja imposta ao executor, respondendo pelo crime apenas quem expediu a ordem. Em boa técnica, portanto, o que se tem a identificar,

na especie, é uma causa excludente de pena, e não de crime ⁽⁸⁴⁾.

Realmente, a ordem ilegal do superior hierarquico não tem a força de excluir a antijuricidade objetiva da ação do subordinado, por mais obrigatoria que, para este ultimo, fosse a ordem recebida. Apenas desaparece, em relação ao executor, o elemento moral do crime de que foi simples causa material. A sua vontade esteve ausente, para dar lugar à vontade do chefe a cuja autoridade estava sujeito. O dever de cumprir a ordem não manifestamente ilegal, ou seja, a ordem revestida de todas as características de legalidade, opera como uma especie de coação moral sobre o ânimo do agente, fazendo gerar a presunção de que não se trata de um crime.

41 — E aqui, a nosso ver, é que está o principal ponto de diferenciação entre a *obediencia hierarquica*, como dirimente, e o *cumprimento de dever legal*, como justificativa.

Na *obediencia*, o agente procede sem a certeza da legalidade ou da ilegalidade da sua ação. Apenas a circunstancia de não ser a ordem manifestamente ilegal é que autoriza a presunção de

(84) NELSON HUNGRIA, *Questões Juridico-Penais*, pgs. 100 e 101.

inculpabilidade. No *cumprimento do dever legal*, pelo contrario, o agente tem a convicção de estar procedendo *conforme ao direito*, conhece, portanto, a legalidade do seu ato. Assim, em relação à *obediencia*, rompe-se o vinculo de causalidade subjetiva entre a ação do agente e o resultado criminoso, ao passo que, no *cumprimento do dever legal*, não há crime.

Para que se admita, porém, aquela presunção de inculpabilidade que nasce da execução de ordem superior, é de mister que, alem da relação de hierarquia administrativa, não se trate de ordem manifestamente ilegal.

Não será, por conseguinte, qualquer dever de obediencia. A subordinação espiritual, a subordinação politica, a subordinação domestica não têm o poder de excluir a culpabilidade. Só à subordinação hierarquica é que o Direito Penal moderno confere esse poder. A dirimente pressupõe, portanto, uma relação de Direito Administrativo entre a autoridade que dá a ordem e o subordinado que a executa, desde que ela não seja manifestamente ilegal.

Desta forma, si for evidente a existencia de um delito, por se tratar de fatos que *habent atrocitatem facinoris*, não haverá isenção de pena, o que vale dizer que o Código não consagra o principio

da obediencia cega e passiva, seguindo, assim, o criterio já firmado em face do Código anterior.

A ilegalidade *grosseira*, manifesta aos olhos de todos, desfaz, por conseguinte, a presunção de inculpabilidade do agente, que, então, se tornará um co-autor voluntario do crime.

CAPÍTULO VIII

SUMARIO: A participação criminosa em face da teoria da causalidade — Autoria e cumplicidade — O critério de Von BURI — Distinção entre a vontade independente do autor e a vontade subordinada do cúmplice — Dificuldades na aplicação do artigo 25 do Código Penal Brasileiro.

42 — Ao estudo da causalidade subjetiva não poderá ser estranho o problema da co-delinquencia, que tantas dificuldades e controversias tem suscitado entre os que se propõem resolvê-lo.

É, neste setor, prevalente a opinião de que o ponto de partida da teoria jurídico-penal da participação criminosa é a teoria da causalidade. Afirmar MESZGER que si a verdade desse conceito tivesse sido melhor observada, a matéria da participação não teria chegado a ser o palanque das mais infrutíferas divergências doutrinárias.

Assim encarada na esfera da causalidade, há que excluir do âmbito da participação tudo quanto não tiver sido causa do evento (função negativa da causalidade). Tal como o autor, o co-autor só pode ser punível se, pela sua ação, constitui uma

condição do resultado (força positiva da causalidade).

Desta forma, *é autor aquele que tiver causado mediante sua ação o tipo legal, contanto que sua atividade não apareça como instigação ou auxílio. É co-autor aquele que como autor, conjuntamente com outro autor plenamente responsável, tiver causado o resultado* ⁽⁸⁵⁾.

Tendo, pois, em vista o principio da causalidade, tudo dependerá da concepção que desta se faça no Direito Penal.

Conforme escreveu COSTA E SILVA, “aqueles que entendem ser possível estabelecer diferenças entre as diversas forças que concorrem para a produção de certo resultado, reputando umas mais eficazes e outras menos, podem classificar as varias pessoas que cooperam para determinado evento, conforme a importancia da atividade de cada uma delas, consoante a natureza e a medida de sua causalidade em relação ao mesmo evento ou resultado” ⁽⁸⁶⁾.

Daí o criterio adotado pela chamada *teoria objetiva* que, segundo expõe CARRARA, considera indispensavel a distinção entre *autores principais* e *cúmplices*, incluindo na categoria dos primeiros aqueles que conciente e livremente executam o ato

(85) MEZGER, *ob. cit.* §§ 58 e 59, t. II.

(86) COSTA E SILVA, *Cod. Penal Coment.*, pag. 84.

material do crime ou neste participam materialmente, como causa do evento; e na categoria dos segundos aqueles que contribuem para o crime consumado por outro.

Assim, a cumplicidade se caracterizará sempre por uma participação acessória e secundária, pressupondo, como escreve GALDINO SIQUEIRA, “um crime já resolvido e em preparo ou execução, isto é, um crime com seus dois elementos essenciais, o psíquico e o material” (87).

Dentro desse princípio, os *delinquentes accesorios* podem se encontrar na *força moral* do crime, ou na *força física*, ou em ambas, determinando um concurso de vontade sem concurso de ação, ou um concurso de ação sem concurso de vontade, ou um concurso de vontade e de ação.

No concurso de vontade sem concurso de ação, será necessário que o crime tenha, pelo menos, um começo de execução, sem o que, conforme a teoria carrariana, não pode haver cumplicidade.

No concurso de ação sem concurso de vontade, o cúmplice será apenas causa material do delito, hipótese em que não se poderia caracterizar a cumplicidade, dada a ausência de intenção criminosa e, pois, de responsabilidade moral. Fundado nesse princípio, CARRARA examina a possibili-

(87) GALDINO SIQUEIRA, *Dir. Penal Brasileiro*, P. Geral, n. 149.

dade da cumplicidade em delitos culposos, e, muito embora a admita na prática, condena-a, por perigosa, como forma de cumplicidade.

Finalmente, no concurso de vontade e de ação, haverá que considerar a cumplicidade sobre o triplo aspecto em que se pode apresentar: *ante-delictum*, *delicto tempore* e *post-delictum*. No primeiro caso haveria o *auxílio*, no segundo a *codelinquencia*, no terceiro o *encobrimento*.

43 — Do que se vê, o traço predominante da *teoria objetiva* da participação criminosa é a natureza e a medida da contribuição causal de cada um dos compartes em relação à produção do delito.

Mas, como escreve COSTA E SILVA, “os criminalistas que pensam terem todas as condições produtoras de certo resultado, perante este, o mesmo valor, devendo qualquer delas ser tida como causa desse resultado, não podem distinguir os diversos comparticipantes do crime, baseando na atividade de cada um deles. Para esses criminalistas, a distinção entre autores e cúmplices só pode ser arquitetada, tendo-se em atenção o lado subjetivo da ação” ⁽⁸⁸⁾.

Esta teoria, porém, sofreu serias objeções, acoimada, como foi, “de se achar em contradição

(88) COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 85.

comsigo mesma”, não logrando, por sua vez, melhor acolhida a corrente que procurou “alicercear a distinção nos fins e interesses dos varios participantes do crime”.

Assim, e de acordo ainda com o insigne COSTA E SILVA, “deante da impossibilidade de descobrir um criterio satisfatorio para separar a autoria da cumplicidade (em acepção restrita), modernos escritores foram levados a negar a existencia da distinção qualificativa entre uma e outra. Sustentam alguns que cada delinquente deve responder só e exclusivamente pelo que praticou, nada importando a intervenção dos demais cooperadores. É a teoria apelidada dos delitos distintos: *quot delinquentes, tot delicta*”.

Entre os mais notaveis representantes dessa teoria, cita o ilustre mestre os nomes de FOINITZKY, NICOLADONI e GETZ, que “consideram os participantes do crime como autores, autônomos, mas autores: segundo NICOLADONI, de um delito *sui generis* de participação; segundo FOINITZKY, em parte do delito para o qual concorrem, em parte de um delito *sui generis*; segundo GETZ, do crime em que cooperam”.

Para esses criminalistas não existe, em rigor, a concorrência criminosa, eis que a cada um dos coparticipes emprestam, exclusivamente, a responsabilidade pelo que tiver feito e querido.

Assim, conforme ainda a observação do autor citado, cumpre não confundir com a chamada teoria dos *delitos distintos* “a que, mantendo o conceito tradicional da concorrência em um mesmo crime (*ad idem delictum*), equipara, em principio, a responsabilidade de todos os socios, facultando aos tribunais a diminuição da pena em relação àqueles cuja culpa se mostrar menor”.

Foi esse o principio vencedor na U. I. de Direito Penal, reunião de São Petesburgo (1.902), onde se firmaram as seguintes regras, mais ou menos baseadas nas idéias de GETZS a) se varias pessoas concorrem intencionalmente para a prática de uma ação criminosa, aplicar-se-á a cada uma delas (autor, co-autor, instigador, cúmplice) a pena cominada à mesma ação; b) todavia poderão os tribunais diminuir a pena, na medida fixada pela lei, em relação àqueles participantes que se apresentarem com menor culpa” (89).

44 — Não nos parece, contudo, que a matéria, “uma das mais cheias de dificuldades e controvertidas do direito criminal”, como disse COSTA E SILVA, tenha ficado satisfatoriamente resolvida em face das teorias que a procuram solucionar. Nem a *pluralistica* de MASSARI, nem a *dualistica* de MANZINI, nem a *monistica* do Codice Rocco,

(89) Mitteilungen, XI, 544 — *apud* COSTA E SILVA, *ob. cit.*, pag. 86, 1.º vol..

esta adotada pelo novo estatuto penal brasileiro, excluem as duvidas e controversias que a cada passo resurgirão e que, por isso mesmo, ficarão mais ou menos entregues ao arbitrio judicial.

Nem com suprimir dos Códigos as disposições legais referentes à codelinquencia, para estabelecer tão sómente a regra geral da applicabilidade da pena a todo comparte doloso, se terá resolvido o problema, pois, como bem comenta COSTA E SILVA, os escritores que isso aconselham, “dão a lembrar aquele cardeal que, reinando o tímido D. João V, acabou com as tempestades, riscando-as das folhinhas do ano”.

45 — No Direito Penal pátrio, ao sistema adotado pelo Código de 1.890, o projeto GALDINO SIQUEIRA propunha uma radical modificação.

Abolindo a clássica distinção entre *autores e cúmplices*, estabelecia o ilustre autor do projeto: “são agentes do crime os que tiverem determinado outrem a cometel-o, os executores e os que por outro meio tiverem concorrido cientemente para a sua realização”, em face do que, eram os varios agentes punidos com a mesma pena, “salvo o efeito de circunstancias especiais”.

No projeto SÁ PEREIRA, a matéria estava assim disciplinada: “Responderá pelo crime, como se o houvera cometido, aquele que determinou al-

guem a cometê-lo, ou à execução do mesmo prestou assistência”.

Acentuava-se, como se vê, a tendência de abolir o criterio seguido pelo Código de 1.890, tendência que, afinal, se concretizou no Código de 1.940, no laconismo da disposição consubstanciada no artigo 25: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Confrontando-se esse preceito com o do artigo 11, ressaltam, desde logo, as dificuldades que, na prática, poderão e inevitavelmente hão de surgir. De acordo com o principio da causalidade objetiva, “o resultado de que depende a existencia do crime sómente é imputavel a quem lhe deu causa” e, como tal, nem sempre poderá ser considerada a participação independentemente da qual o resultado teria de igual forma ocorrido.

Dir-se-á, porém, que do ponto de vista filosófico não há contradição nos dois referidos textos, por se ter, quanto à causalidade objetiva, adotado a teoria da *conditio sine qua non*, para a qual toda e qualquer condição se equivale em relação ao evento.

Em todo caso, como bem observa o Prof. BASILEU GARCIA, “se do ponto de vista filosófico estão certos os dois textos e não há entre eles incongruência, receio que na prática surjam difficul-

dades na aplicação do texto do art. 25. Duvido que o aplicador da lei criminal considere causal certas especies de participação que sejam de tão pequena importancia, que lhe repugne taxal-as de condição “sine qua non” do evento”.

46 — Realmente, se como corolario da *teoria da equivalencia das causas* é logico afirmar, conforme se lê na Exposição de Motivos, que “há, na participação criminosa, uma associação de causas concientes, uma convergencia de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa *única* do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuida, solidariamente, a responsabilidade pelo todo”, facil não será a solução do problema em face do exame do elemento subjetivo, através do qual é sempre possível estabelecer a distinção entre autores e cúmplices.

Vale aqui invocar as palavras de MEZGER: “*Una* de estas conductas de participacion puede representar un papel de indole directiva y ejecutoria, la *outra* puede más bien tener carácter de auxilio y servir a la conducta de ejecucion. Seria perfectamente concebible — y el parágrafo 58 del Codigo Penal noruego de 1.902 sigue este camino — castigar a todos estos participantes, sin distinción, como autores del acto, teniendo em cuenta que también ellos han cooperado y co-causado el resultado delictivo.

Pero una sensación valorativa más fina no seguirá esta ruta, sino distinguirá más bien, de modo más preciso, las diversas formas de participación en el hecho punible. En principio hará ciertamente responsable a todo el que haya contribuido al resultado, ya sólo a causa de esta colaboración; pero *graduará* dicha responsabilidad; con otras palabras, distinguirá, en orden al enjuiciamiento juridico-penal, *distintas formas de participación en el delito*. Esta ruta se sigue por el Derecho alemán vigente, desde el momento que no considera ni sanciona como autoría toda causación del resultado, sino que *separa* la autoría, la co-autoría y la autoría mediata como las más graves formas de participación en el delito, de la instigación y de la complicidad como las formas menos graves, como formas de mera “participación” en el delito de *otro*” (90).

Seria, segundo a observação de BASILEU GARCIA, de seguir o exemplo de von BURI, “que sendo, precisamente, o jurista que introduziu no campo criminal, trazendo-a da lógica, a doutrina da equivalencia condicional, entretanto continuou a manter a distinção entre autores e cúmplices, procurando configural-a através do elemento subjetivo. Tem-se sustentado que a distinção pode ser feita examinando-se a intenção do participan-

(90) MEZGER *ob. cit.*, § 57, T. II.

te e propondo-se como critério verificar se procedeu com o animo de autor (*animo auctoris*) ou com o proposito de mero cúmplice (*animo socii*). Tem-se proposto tambem que se estabeleça a distinção no setor da causalidade subjetiva, indagando-se se procedeu o participante em seu proprio interesse ou no interesse alheio, para concluir, na primeira hipótese, que se trataria de um autor, e para concluir, na segunda hipótese, que se trataria de um cúmplice” (91).

Desta forma, melhor seria que se tivesse conservado a distinção entre autores e cúmplices, tendo-se em conta, como sustentou Von BURI, “a distinta posição psíquica do agente em relação ao delito”.

47 — Em verdade, si pelo princípio da *equivalencia*, no que concerne à causalidade material, não é possível encontrar uma distinção relevante do ponto de vista objetivo, entre as condições do resultado estabelecidas pelo autor ou pelo participante, outra não poderia ser a solução senão buscar essa diferença no plano subjetivo da distinta posição psíquica do agente relativamente ao delito (92).

(91) BASILEU GARCIA — *Conferencia pronunciada na Faculdade de Direito de São Paulo*, 1942.

(92) VON BURI, *apud* MEZGER, *ob cit.*, t. II pags. 287-288.

De mister, pois, será distinguir, dentro desse critério, a vontade subordinada do cúmplice, da vontade independente do autor. Este age em interesse próprio (*animus auctoris*), quer o ato como seu; aquele age no interesse alheio (*animus socii*) só quer o ato como condicionado pela vontade do autor principal.

Mas essa distinção, segundo se objeta, nem sempre se poderá fazer, de modo seguro. E, além disso, poder-se-ia dar o caso de não se encontrar um autor, quando se verificasse a hipótese de todos os participantes terem atuado em interesse alheio, sem *animus auctoris*.

Verificar-se-ia, por essa forma, a inutilidade prática da solução proposta pela teoria subjetiva.

48 — Com efeito, não é das mais fáceis a tarefa de distinguir entre a cooperação prestada *animus socii* e a participação desenvolvida *animus auctoris*. Por isso mesmo, não será possível prescrever regras capazes de estabelecer um critério eficaz no sentido dessa distinção.

Sómente a função prática da justiça, em cada caso concreto, poderá avaliar e medir o *dolo do autor* e o *dolo do cúmplice*, de modo a concluir si a cooperação prestada foi de natureza principal ou simplesmente acessoria. Aí, para melhor avaliação do elemento subjetivo, não poderá deixar de

ser levado também em conta o elemento material ou objetivo, em ordem a estabelecer a *imprescindibilidade*, ou não, da *conduta auxiliar* em relação à *conduta principal*.

Dentro desse critério, haverá maior plasticidade para a indagação da culpabilidade, pois, sem dúvida, não há como sustentar, ante uma solução justa, a simples verificação da casualidade material.

Precisamente para evitar as dificuldades daí decorrentes, é que seria de desejar a conservação do critério anterior sobre a distinção entre autores e cúmplices, pois que, embora se possam equivaler, quanto à *força material* do delito as atividades dos compartípes, poderão, contudo, nitidamente se distinguir quanto à *força moral*.

49 — Evidentemente, para que se verifique o *concurso plurium delinquentium*, não basta, como assinala HUNGRIA, um *concurso de ação*, pois é também imprescindível uma solidariedade de *intenções* no sentido do evento lesivo. Assim, do exame dessas *intenções* é que deve decorrer a natureza da participação. E sendo ponto incontroverso que a mera cooperação material não é suficiente para caracterizar a participação criminosa, que presuppõe também acordo de vontade entre os compartes, não há como deixar de ser

apreciado o elemento subjetivo, em relação a cada um deles, para a determinação de sua contribuição no delito. O copartícipe pode não ter querido o resultado, nem ter assumido o risco de produzi-lo, não obstante haver prestado assistência à execução do crime. Ou, por outras palavras: não *concorreu* para o crime, apenas prestou uma ajuda *a late-re* à sua execução. Não é, portanto, um *autor*; seria tão sómente um *cúmplice*.

50 — Como se vê, a distinção entre participação principal e secundaria é, como diz BASILEU GARCIA, “uma realidade inegável”.

Seria, pois, incidir no mesmo erro daquele Ministro de D. João V, a que alude COSTA E SILVA, pretender suprimir na lei o que é inevitável na realidade prática.

Muitas serão, portanto, a nosso ver, as dificuldades a enfrentar na aplicação do artigo 25 do novo estatuto penal, tanto mais se considerarmos que, ao Juiz, é dada a faculdade de indagar do elemento subjetivo da participação, para o fim de diminuir a pena, no caso de ter sido de *somenos importância a cooperação no crime* (art. 48, II), ou quando o agente quiz *participar* de crime menos grave (§ unico do art. 48), o que, de qualquer forma, já constitui uma concessão no sentido de distinguir entre concurso principal e secundario.

CAPÍTULO IX

CONCLUSÕES

1 — Sendo o crime um ato humano, está, por consequencia, subordinado ao concurso da vontade. Desta forma, as circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos que independem da vontade humana.

E como a liberdade da vontade é um pressuposto de todas as disciplinas práticas, o Direito Penal, como disciplina prática de carater ético, não pode prescindir da responsabilidade moral. O homem delinquente não difere do homem honesto por particularidades físicas, senão pelos sentimentos e pela vontade.

Dai a relevância do elemento moral do crime como condição indispensavel à justiça da pena.

2 — Estabelecida a equivalencia entre causa e condição, a ação humana será sempre causa quando for *conditio sine qua non* do resultado, excetuada a superveniencia de causa independente que, por si só, tenha produzido o resultado.

O princípio assim formulado no Código Penal Brasileiro para a *imputatio facti*, importando, ne-

cessariamente, na eliminação das concausas, deu, em consequencia, maior relevo ao elemento subjetivo do crime.

A exigencia da culpabilidade constituirá, desta forma, um meio de corrigir, ou, pelo menos, de abrandar os excessos a que poderia levar o sistema de casualidade adotado no Código.

3 — Nem por isso, contudo, deixa de ser bem nítida a linha divisoria entre a casualidade e a culpabilidade, tomada aquela apenas no sentido de nexos causal entre a ação e o resultado, e esta como exprimindo a relação entre a vontade e o resultado. O conceito de causalidade é mais um conceito lógico do que jurídico, enquanto que o *juízo de culpabilidade* é eminentemente jurídico.

4 — O primado da regra "*nulla poena sine culpa*" constitui parte integrante da consciencia jurídica moderna, pelo que deve ser um *princípio diretor* nos casos de dúvida. Em nenhuma hipótese poderá, pois, haver presunção de culpa.

É, de resto, o que decorre do próprio texto do estatuto penal brasileiro (artigo 15, § único), ao estabelecer que, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Assim, verificada a ausência do dolo, se não houver disposição expressa mandando punir o fato a título de culpa *stricto sensu*, não haverá imposição de pena.

5 — Não podem constituir exceção a essa conclusão, os chamados *crimes qualificados pelo resultado*, definidos, em grande numero, na Parte Especial.

Tendo o Código Penal, como “trabalho de agudo senso realista”, se colocado “no angulo visual da segurança jurídica da sociedade” ⁽⁹³⁾, não poderia deixar de fazer do resultado maior uma circunstância agravante, especial ou qualificativa. E, não obstante acertada a exigencia do conhecimento e da previsão dos fatos que elevam a pena, não haveria quebra dessa exigencia, no que concerne aos crimes qualificados pelo resultado, porque, abstração feita do conhecimento e da previsão do evento mais grave, há, forçosamente, que examinar a possibilidade desse evento dentro da *esfera do previsível*, ou seja, do que não era incalculável.

Desta forma, ainda que a culpabilidade não se estenda até o resultado final, o certo é que, manifestada no ato doloso inicial, pode ela ser agra-

(93) De um voto do Ministro OROZIMBO NONATO — *Revista Forense*, vol. XCII, fasc. 474.

vada sem ofensa ao princípio fundamental do Código, e de acordo com os interesses da defesa social, pela verificação de circunstância, mesmo de natureza simplesmente objetiva, que denote uma possível previsibilidade do vínculo causal.

Evidentemente, só o caso concreto poderá possibilitar uma justa apreciação do fato no seu conjunto, de modo a indicar si a superveniência do resultado mais grave era ou não incalculável.

6 — Não haverá ainda imposição de pena, quando ocorrer uma causa especial de exclusão da culpabilidade. Rompe-se, nesse caso, o vínculo de causalidade psicológica, o que torna o agente apenas causa material do evento.

Assim, juntamente com as *causas de inimputabilidade*, as *causas de exclusão da culpabilidade* constituem as denominadas causas *dirimentes*, ou *causas de justificação subjetivas*.

Distinguem-se, no entanto, claramente, as causas de exclusão da culpabilidade das causas de inimputabilidade. Estas são as que apresentam o agente como irresponsável ou incapaz de Direito Penal. Devem sempre ser manifestadas na lei para fixação da responsabilidade. Pela sua intervenção, verificada a *incapacidade* do agente, não há mais que indagar si procedeu dolosa ou culposamente.

Ao passo que, em relação às causas de exclusão da culpabilidade, o agente é um capaz de Direito Penal, responsável. A isenção da pena só se dá pela ausência do elemento subjetivo, em qualquer de suas formas.

Deste modo, as causas de exclusão da culpabilidade não se limitam às que o Código especialmente enumera. Além destas, também deixará de haver imposição de pena sempre que o fato previsto como crime não tenha sido praticado dolosamente, salvo os casos expressos de crimes culposos.

Distintas são ainda as causas de exclusão da culpabilidade das *causas absolutórias* ou *excusas absolutórias*, em que também há isenção de pena. Em rigor, as excusas absolutórias não são, propriamente, de exclusão da culpabilidade do agente nem da injuricidade do ato. Elas não eliminam os elementos morais e materiais da infração, apenas autorizam ou facultam a não aplicação da pena por motivos especiais de ordem puramente pessoal.

Como causas especiais de exclusão da culpabilidade o Código prevê o erro de fato, a coação irresistível, a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

7 — Operando como causa excludente da culpabilidade, o erro de fato essencial não expunge

a ilicitude do ato, embora dirima a culpabilidade do agente.

Relevante apenas quando recai *sobre o fato que constitui o crime*, obvia é a irrelevância do erro concernente aos fatos que fundamentam a imputabilidade do agente, no sentido da sua capacidade penal, pois que os requisitos da responsabilidade não pertencem ao tipo legal.

Todavia, não há como sustentar, de modo geral, a irrelevância do erro referível aos elementos subjetivos do crime, pois, de conformidade com a letra do Código, também é isento de pena quem *supõe*, erroneamente, situação de fato que, si existisse, tornaria a ação legítima.

Por outro lado, não há como limitar o erro, nesse ponto, às causas *justificativas putativas*, muito embora o Código apenas se refira à situação de fato que, existente, “tornaria a ação *legítima*”. Também a errônea opinião da existencia de uma dirimente da culpabilidade exclui o dolo, critério que deve prevalecer na aplicação da lei penal brasileira, para a qual o erro é causa de exclusão de culpabilidade, cuja forma mais grave — o dolo — não pode prescindir da consciência da injuridicidade. E a suposição errônea da existencia de uma causa de exclusão da culpabilidade obstrui o *juízo de valor* sobre a ação a praticar, tal como a obstruiria a própria realidade dessa causa.

Desta forma, o erro sobre as *causas dirimentes putativas*, si bem que não se compreenda na disposição do artigo 17, é, contudo, relevante como causa de exclusão da culpabilidade, pela ausencia do dolo, em face da regra contida no artigo 15, § único.

8 — A coação, quando irresistivel, é causa excludente da culpabilidade; si vencivel, será apenas uma circunstância atenuante. Não tem, assim, o efeito de expungir a ilicitude do ato, nem o de eliminar a capacidade penal. A sua influencia é exercida apenas sobre o nexó de causalidade psíquica.

Tolhido na liberdade do movimento corporeo ou na liberdade do querer, o agente, em qualquer dessas hipóteses, será apenas o instrumento de uma vontade estranha. Nem por isso, todavia, a sua conduta, em relação ao ato que pratica, será uma conduta *conforme ao direito*, pois, do contrário, não haveria como estabelecer a punição do autor da coação, como agente único do crime.

9 — O mesmo se dá quanto à estrita obediencia à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierarquico. O ato praticado em cumprimento de uma ordem de tal natureza não perde, objetivamente, o carater de ilicito. Apenas desa-

parece, em relação ao executor, por mera questão de politica criminal destinada a proteger o interesse da disciplina administrativa, o elemento moral da infração. O dever de cumprir a ordem não manifestamente ilegal, ou seja, dentro dos seus limites, a ordem revestida de todos os caracteristicos de legalidade, opera, assim, como uma especie de coação moral sobre o ânimo do agente.

Não consagrando, porém, o Código o principio da *obediencia cega*, tanto que subordina a isenção da pena à natureza *não manifestante ilegal da ordem*, será de se considerar co-autor voluntario do crime o executor da ordem cuja illegalidade seja *grosseira* ou *manifesta*.

A eximente pressupõe também uma relação de Direito Administrativo entre a autoridade que expede a ordem e o subordinado que a executa. Não será, portanto, qualquer dever de obediencia, senão tão somente o que decorre, razoavelmente, da subordinação hierarquica de natureza administrativa.

10 — Ao estudo da causalidade subjetiva não pode ser estranho o problema da co-delinquencia.

Si, como conseqüência da teoria da equivalencia das causas, é lógico afirmar que “há, na participação criminosa, uma convergencia de atividades que são, no seu incidível conjunto, a causa *única* do evento”, pelo que, “a cada uma das forças concor-

rentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo”, fácil não será a solução do problema em face do elemento subjetivo, através do qual é sempre possível configurar a distinção entre autores principais e autores secundários. Necessariamente, os co-autores precisam de agir em “cooperação conciente e querida”, e a culpabilidade de cada um deles deve referir-se ao ato conjunto.

Desta forma, para evitar as dificuldades que a redação sucinta do artigo 25 fatalmente acarretará na prática da sua aplicação, mesmo em virtude do princípio da causalidade material estabelecido no artigo 11, mais razoável seria o critério da distinção entre autores e cúmplices.

Com tal critério, sobre atender-se a uma realidade inegável, ter-se-ia também evitado o arbítrio a que facilmente poderá dar margem o texto do aludido dispositivo legal, tanto mais quanto, ao Juiz, se dá a faculdade de atenuar a pena, quando tenha sido de *somenos importância* a cooperação.

BIBLIOGRAFIA

(Obras consultadas, e citadas neste trabalho)

- ENRICO PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, Napoles, 1882.
- BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, Napoles, 1910.
- VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1920.
- FRANCESCO CARRARA, *Programme du Cours de Droit Criminel*, tradução francesa de Paul Baret, Paris, 1876.
- FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, tradução do Dr. José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro, 1899.
- FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, Código Penal Brasileiro, Rio de Janeiro, 1940.
- LOUIS PROAL, *Le Crime et la Peine*, Paris, 1911.
- MICHELANGELO VACCARO, *Il Diritto Penale*, Turim, 1927.
- NELSON HUNGRIA, *Introdução à Ciencia Penal*, conferencia no 1.º Congresso Nacional do Ministerio Publico, São Paulo, 1942.
- FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria General del Delito*, tradução hespanhola de Victor Conde, Madrid.
- ROBERTO LYRA, *Comentarios ao Código Penal*, vol. II, edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.
- J. J. HAUSS, *Principes Generaux du Droit Penal Belge*, Paris, 1889.
- EUSEBIO GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939.
- ALDO MORO, *La Capacità Giuridica Penale*, Padova, 1939.
- EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tradução espanhola da 2.ª edição alemã (1933), por José Arturo Rodriguez Munoz, Madrid.
- R. GARRAUD, *Precis de Droit Criminel*, Paris, 1895.
- LUIS JIMENEZ DE ASUA, *El Criminalista*, tomo II, Buenos Aires, 1942.
- NELSON HUNGRIA e ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, Parte Geral pelo Prof. Roberto Lyra, Rio de Janeiro, 1938.

- DR. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, 1930.
- NELSON HUNGRIA, *A Legítima Defesa Putativa*, Rio de Janeiro, 1936.
- M. ORTOLAN, *Elements de Droit Penal*, Paris, 1855.
- FERNAND THIRY, *Cours de Droit Criminel*, (2.^a ed.) Liège, 1895.
- RAUL MACHADO, *A Culpa no Direito Penal*, 2.^a ed., São Paulo, 1943.
- TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito* (Obras Completas), Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- NELSON HUNGRIA, *Questões Jurídico-Penais*, Rio de Janeiro, 1940.
- PAULO DOMINGUES VIANNA, *Direito Criminal*, segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drumond, Rio de Janeiro, 1930.
- GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro* (Parte Geral), Rio de Janeiro, 1921.
- BASILEU GARCIA, *Causalidade Material e Psíquica*, Conferencia na Faculdade de Direito de São Paulo, 1941.
- NARCELIO DE QUEIROZ, *Teoria da "actio libera in causa"*, Rio de Janeiro, 1936.
- JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1941.
- NOÉ AZEVEDO, *Conferencia na Faculdade de Direito de São Paulo*, 1941.
- NELSON HUNGRIA, *Comentarios ao Código Penal*, vol. V, edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.
- BENEDETTO PELLEGRINI, *La Lesione Personale*, Turim, 1912.
- PEDRO VERGARA, *Delito de Homicidio*, Rio de Janeiro, 1943.
- ALCANTARA MACHADO, *O projeto do Código Criminal perante a critica*, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXV.
- IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Turim, 1908.
- NOÉ AZEVEDO, *Da Responsabilidade Criminal*, Conferencia realizada no 1.^o Congresso Nacional do Ministerio Publico, São Paulo, 1942.
- ADOLPHE PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelas, 1899.
- LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Reflexiones sobre El Error de Derecho en materia penal*, Buenos Aires, 1942.

- OSCAR STEVENSON, *Da Exclusão de Crime* (causas não previstas formalmente), São Paulo, 1941.
- MUNIZ SODRÉ, *Curso de Direito Criminal*, São Paulo, 1934.
- ENRICO ALTAVILLA, *Teoria Soggetiva del Reato*, Napoles, 1933.
- ANTONIO BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-Praticas ao Código Penal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1929.
- EUGENIO FLORIAN, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milão, 1926.
- DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *Nullum Crimen Sine Lege*, (Arquivo Judiciario), 1938, Rio de Janeiro.
- FERDINANDO PUGLIA, *Studi Critici di Diritto Criminale*, Napoles, 1885.
- ROSSI, *Traité de Droit Pénal*, Bruxelas, 1852.
- CHAUVEAU et HÉLIE, *Theorie du Code Penal*, Paris, 1861.
- RAYMUNDO BRITO, *Direito Penal Fascista*, Rio de Janeiro, 1938.
- JOSÉ SALGADO MARTINS, *O Crime Alem da Intenção*, Porto Alegre, 1941.
- VICENTE PIRAGIBE, *Códigos Penais Exrangeiros*, Rio de Janeiro, 1934.
- R. SALEILLES, *L'individualisation de la Peine*, (2.^a ed.) Paris, 1909.
- VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, *Projeto de Código Penal*, Rio de Janeiro, 1928.
- ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Turim, 1928.
- A. J. DA COSTA E SILVA, *O novo Projeto de Código Criminal*, (Revista Forense, vol. LXXX, fasc. 437) Rio de Janeiro, 1939.
- ARI FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, Rio de Janeiro, 1941.
- GIULIO PAOLI, *Il Diritto Penale Italiano*, vol. I (Parte generale), Padova, 1936.
- MARCELO FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, Turim, 1925.
- C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, 1912.
- GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitenciaire*, Paris, 1910.
- JORGE EDUARDO COLL e EUSEBIO GOMEZ, *Projeto de Código Penal para a Argentina* (Exposição de Motivos), Revista Forense vol. LXXIX, fasc. 433, Rio de Janeiro, 1939.
- FERNANDO NERY, *Lições de Direito Criminal*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1933.
- KARL BINDING, *Compendio de Direito Penal Alemão* (Parte Geral), Leipzig, 1902.

- DIRCEU BORGES, *Da co-autoria no Código Penal*, Revista Forense, vol. XCVI, fasc. 484, Rio de Janeiro, 1943.
- AFFONSO COSTA, *Comentário ao Código Penal Português*, Coimbra, 1895.
- OROZIMBO NONATO, (*voto*), Revista Forense, vol. XCII, fasc. 474, Rio de Janeiro, 1942.
- A. J. DA COSTA E SILVA, *Código Penal*, volume I (publicação postuma), São Paulo, 1943.
- CARLOS XAVIER, *Estatutos Penais*, Rio de Janeiro, 1941.
- RIBEIRO PONTES, *Código Penal Brasileiro*, Curitiba, 1942.
- BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942.
- JOSÉ LUIZ RIBEIRO DE SOUZA, *O novo Direito Penal*, São Paulo, 1943.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

SUMARIO: Elemento subjetivo do crime — Coexistencia necessaria dos elementos material e moral — Relevancia do elemento psicologico como condição indispensavel à justiça da pena — Importancia desse elemento quanto à existencia do crime, à sua gravidade e à medida da pena a aplicar — Pressupostos do crime — Elementos típicos subjetivos — Disposições do Código Penal Brasileiro	5
--	---

CAPÍTULO II

SUMARIO: Formas do elemento subjetivo — Conceitos do dolo — Dolo determinado e dolo indeterminado — Conciencia da ilegalidade — Dolo e intenção — Dolo eventual, culpa conciente, culpa inconciente — Grau da culpa para o efeito da aplicação da pena	27
--	----

CAPÍTULO III

SUMARIO: O sentido de transação ou de conciliação do Direito Penal Positivo — Teoria das <i>actiones liberae in causa</i> em face do criterio da responsabilidade moral — A culpabilidade como propriedade da ação concreta — Culpabilidade e periculosidade — Primado do principio <i>nulla poena sine culpa</i>	52
---	----

CAPÍTULO IV

SUMARIO: Preterintencionalidade — Formas da culpabilidade no Código Penal Brasileiro — <i>Nullum crimen</i>	
---	--

<i>est in casu</i> — Misto de dolo e culpa — Crimes qualificados pelo resultado — Lesão corporal seguida de morte — O resultado maior como circunstância agravante do crime-base	70
--	----

CAPÍTULO V

SUMARIO: Causas de exclusão da culpabilidade — Causas de exclusão do injusto — Dirimentes e justificativas — Causas de inimputabilidade — Critério adotado pelo Código Penal Brasileiro	92
---	----

CAPÍTULO VI

SUMARIO: O excusável erro de fato e sua posição no sistema jurídico-penal — Critério seguido pelo Código Penal Brasileiro — Irrelevância do erro concernente aos fatos que fundamentam a imputabilidade — O erro nas justificativas putativas — Causas dirimentes putativas	99
---	----

CAPÍTULO VII

SUMARIO: A coação irresistível e a estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico	118
---	-----

CAPÍTULO VIII

SUMARIO: A participação criminosa em face da teoria da causalidade — Autoria e cumplicidade. O critério de Von Buri — Distinção entre a vontade independente do autor e a vontade subordinada do cúmplice — Dificuldades na aplicação do artigo 25 do Código Penal Brasileiro	127
---	-----

CAPÍTULO IX

Conclusões	141
Bibliografia	151

